كتاب البيوع ١	فصل ومن باع دارا دخل نبادها ١٠	باب خيار الشرط ١٤	باب خيار الرؤية ٢٦	باب خيار العيب ٣٢
باب البيع الفاسد ٥١	فصل في احكام ٦٤	فصل فيما يكره ٦٨	نوع منه ٦٩	باب الاقالة ٧١
باب المرابحة والتولية ٧٣	باب الربوا ٨١	باب الحقوق ٩١	باب الاستحقاق ٩٢	فصل في بيع الفضولي ٩٤
باب السلم ٩٧	مسائل منثور ١٠٨	كتاب الصرف ١١٢	كتاب الكفالة ١٢١	فصل في الضمان ١٣٦
باب كفالة الرجلين ١٣٨	باب كفالة العبد وعنه ١٣٩	كتاب الحوالة ١٤٠	كتاب اداب القاضي ١٤٤	فصل في الحبس ١٥٢
باب كتاب القاضي الى القاضي ١٥٤	فصل اخر ١٥٧	باب التحكيم ١٦٢	مسائل شتى ١٦٣	فصل في القضاء بالموروث ١٦٦
فصل آخر ١٧٠	كتاب الشهادات ١٧١	فصل ما يتحمله الشاهد على ضربين ١٧٦	باب من يقبل الشهادة ومن لا يقبل ١٧٩	باب الاختلاف في الشهادة ١٨٩
فصل في الشهادة على الارث ١٩٢	باب الشهادة على الشهادة ١٩٣	فصل شاهد الزور ١٩٤	كتاب الرجوع عن الشهادات	كتاب الوكالة ١٩٧
باب الوكالة بالبيع والشراء ٢٠٠	فصل في الشراء ٢٠٠	فصل في التوكيل بشرا نفس العبد ٢٠٨	فصل في التوكيل بالبيع ٢١٠	فصل واذا وكل وكيلين ٢١٥

باب الوكالة بالخصومة والقبض ٢١٧	باب عزل الوكيل ٢٢٤	كتاب الدعوى ٢٢٧	باب اليمين ٢٣٣	فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٢٤٢
باب التحالف ٢٤٦	فصل فيمن لا يكون خصما ٢٥٦	باب ما يدعيه رجلان ٢٥٨	فصل في التنازع بالايدين ٢٧٠	باب دعوى النسب ٢٧٣
كتاب الاقرار ٢٨٠	فصل ومن قال لكل فلانه على كذا ٢٨٧	باب الاستثناء وما في معناه ٢٨٩	باب اقرار المريض ٢٩٦	فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله ٢٩٩
كتاب الصلح ٣٠١	فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال ٣٠٤	باب التبرع بالصلح والتوكيل ٣٠٤	باب الصلح في الدين ٣١٠	
	فصل في الدين المشترك ٣١٤	فصل في التخارج ٣١٧	كتاب المضاربة ٣٢٠	

[redacted]

من كتب الفقير السيد [illegible]

[illegible] السلطنة العثمانية [illegible]

[illegible] الحقيقة [illegible]

حسبي الله وكفى
من الكتب التي وقفها الفقير
إلى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور براغب
وقفي عنه ١١٧٥

T. C.
MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI
RAĞIP ... KÜTÜPHANESİ
MÜ... DÜ
Sayı: 424/4

٥٤٣

ط
٤٤

RAĞIP P.
Ka. N.
537

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر ولا تعسر يا كريم

كتاب البيع

مناسبة البيع بالوقف من حيث ان في كل منهما معنى ازالة الملك ففي الوقف يزول الملك
عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير ان يدخل في ملك الموقوف عليه وفي البيع يزول الملك
عن البايع ويدخل في ملك المشتري فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من حيث
ان الوقف فيه زوال بلا دخول والبيع فيه زوال ودخول والمفرد سابق على المركب
فلهذا اخر ذكر البيع عنه ثم اعلم ان مشروعية البيع تثبت بالكتاب والسنة والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم واما السنة فما روي في السنن مسندا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة
وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فقررهم على ذلك واما
الاجماع فهو منعقد على جواز البيع اذا وجد ركن البيع اعني الايجاب والقبول من الاهل مضافا
الى المحل **قوله** قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي اي قال القدوري
في مختصره وتحقيق هذا ما قال ركن الاسلام في الايضاح بقوله لا ينعقد البيع الا بلفظين
يعبر بكل واحد منهما عن الماضي لان البيع انشا تصرف وواضع اللغة لم يضع للانشا
لفظا خاصا لان الانشا انما يعرف بالشرع فاستعمل الشرع اللفظ الذي للاخبار عن الماضي للانشا
للحال وانما خص هذه اللفظة لان هذه اللفظة التي هي خبر عن الماضي يستدعي سبق المخبر
به ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشا والايجاد
اختار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظة الاخبار عن الماضي وهو ان يقول احدهما بعت
ويقول الاخر اشتريت وكذلك كل لفظ يودي معناه فاما اذا قال احدهما ابيعك وقال
المشتري ابتاع لم ينعقد البيع لان قوله ابيعك عدة وقوله ابتاع مساومة وطلب والطلب
غير الايجاب غير انا خصصنا النكاح استحسانا فانه لو قال زوجني فقال الولي زوجتك
ينعقد النكاح لان المساومة لا تتحقق في باب النكاح فحملت اللفظة على الايجاب وقد
نص محمد رحمه الله في الاصل فقال هذا كلام الناس وليس نفيا الى هنا لفظ كتاب الايضاح
ثم اعلم ان اشتراط الايجاب والقبول بان يكونا بلفظ الماضي اذا لم يوجد منهما الحال من لفظ
المستقبل ايضا الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع مرة ينعقد بلفظين
وتارة ينعقد بثلثة الفاظ فاما الذي ينعقد بلفظين يجوز ان يكون لفظ المتعاقدين على
الماضي او على الايجاب في الحال اما على الماضي فنحو ان يقول البايع بعت منك هذا
العبد بالف درهم فقال البايع بعت او قال هو لك تم البيع بينهما بلفظين واما
لفظ الايجاب فنحو ان يقول البايع ابيع منك هذا العبد بالف درهم واراد به ايجاب
البيع في الحال وقال المشتري قبلت او اشتريت او يقول المشتري اشتري منك
هذه الجارية بالف درهم واراد به الايجاب فقال البايع بعت تم البيع بينهما واما
الذي ينعقد بثلثة الفاظ فيجوز ان يكون لفظ احدهما بلفظ الامر نحو ان يقول البايع
للمشتري اشتر مني هذا العبد بالف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل
البايع بعت او يقول المشتري للبايع بع مني هذا العبد بالف درهم فقال بعت فلا يتم
البيع بينهما ما لم يقل المشتري اشتريت او يقول البايع للمشتري اشتريت مني

هذا العبد بالف درهم على سبيل السوال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل
البايع بعت او يقول المشتري للبايع اتبيع مني هذا العبد بالف درهم فقال البايع بعت فلا
يتم البيع ما لم يقل المشتري ثانيا اشتريت الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي ثم البيع عبارة
عن مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي وركنه الايجاب والقبول وله شروط منها شرط الاهلية
من البلوغ والعقل حتى لا ينعقد البيع من الطفل فاما الصبي العاقل والمعتوه فمن اهل البيع حتى
لو وكلا بالبيع والشرا او باعا واجاز نفذ عندنا خلافا للشافعي ومنها شرط الانعقاد وهو المحل
وهو ان يكون مالا متقوما حتى لو باع الخمر والخنزير او الميتة او الدم او جلد الميتة فلا يجوز اصلا
بخلاف ما اذا كان هذه الاشيا ثمنا فانه ينعقد البيع بالقيمة ومنها شرط النفاد وهو الملك
والولاية حتى اذا باع ملك نفسه نفذ ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية وحكم البيع ثبوت
الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبايع اذا كان البيع باتا من غير خيار ثم البيع
قسمان نافذ وموقوف فالاول ان يوجد الركن مع وجود الشرط جميعا والثاني ان يوجد
الركن مع وجود شرط الانعقاد والاهلية لكن لم يوجد شرط النفاد وهو الملك والولاية
كما في بيع الفضولي فانه يتوقف عندنا على الاجازة وعند الشافعي لا ينعقد اصلا والمسيلة
مشهورة والمراد من الانعقاد انضمام كلام احد العاقدين الى الاخر على وجه يظهر اثره
في المحل شرعا والايجاب عبارة عما صدر عن احد العاقدين اولا سمي به لان الايجاب
نقيض السلب وهو الاثبات والمتكلم منهما اولا بقوله بعت او اشتريت يريد
اثبات العقد بشرط ان ينضم اليه قبول الاخر وسمي به لان قوله بعت او اشتريت
فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب فكان قوله بعت او اشتريت
ايجابا لانه قبل التلفظ به كان في حيز الامكان فصار بعد التلفظ واجب الوجود
لغيره ثم سمي كلام الاخر قبولا لما اوجبه الاخر وان كان هو ايجابا في الحقيقة حتى يمتاز
السابق من كلام المتعاقدين من اللاحق **قوله** والانشا وهو اثبات امر لم يكن
ويراد به الايجاد للحال **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل هذا اذا لم ينو
به الحال فاذا نوى انعقد به ايضا وقد مر بيانه انفا **قوله** وقد مر الفرق هنالك
اي من الفرق بين البيع والنكاح في كتاب النكاح واشار به الى ما قال ثمه بقوله
لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال في التحفة قال الشافعي البيع
والنكاح سوا ينعقدان بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن الحال من غير نية
ثم قال والصحيح مذهبنا فان البيع في العرف غالبا لا يكون بنا على مقدمات ولفظة
المستقبل للعدة في الاصل ولفظة الامر للمساومة فيحمل على حقيقته الا بدليل ولم يوجد
بخلاف النكاح لانه بنا على مقدمة الخطبة ولا يحمل على المساومة بدلالة العادة
قوله وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت او اشتريت
لانه يودي معناه بيانه ان المشتري اذا قال في جواب قول البايع بعت اخذت
او قال قبلت او رضيت او قال فعلت او نحو ذلك انعقد البيع وكذا اذا قال
البايع في جواب قول المشتري اشتريت اعطيته او بذلت او رضيت او
هو لك او خذه بكذا انعقد البيع لانه في العرف يستعمل لايجاب الملك للحال
بعوض وهذا معنى قوله لانه يودي معناه اي معنى قوله بعت واشتريت **قوله**

والمعنى هو المعتبر في هذه العقود اي في العقود الشرعية فلما كان المعنى معتبرا فيها
انعقد البيع بسائر الالفاظ التي يودي معنى بعت واشتريت قال صاحب الايضاح
وهذا اصل لنا في جميع العقود الا نكاحا روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان المفاوضة لا تنعقد
الا بلفظ المفاوضة لان هذا العقد يشتمل على معان وشروط والعوام لا يمكنهم ذكر ذلك حتى
انه لو استوفي بلفظ اخر جاز **قوله** ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح
اي ولاجل ان المعنى هو المعتبر في العقود الشرعية قلنا بانعقاد البيع بالتعاطي بوجود
معنى البيع وهو المبادلة مع التراضي وان لم يوجد لفظ بعت واشتريت سوا كان البيع
نفيسا بان يكثر ثمنه كالعبد ونحوه او خسيسا بان يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز
واللحم ونحو ذلك قال في النوازل قال نصير سمعت ابا معاذ قال رايت سفين الثوري
جا الي صاحب الرمان فوضع فلسا وحمل رمانة ولم يتكلم ومعنى قال الفقيه ولهذا
ناخذ جوز البيع بالتعاطي وان لم يتعاقدا عقد البيع الا في قول الخوارج وقوله وهو الصحيح
احترازا عما روى الكرخي ان البيع بالتعاطي انما ينعقد في الاشيا الخسيسة دون
النفيسة وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما فقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
في البيوع في رجل قال لرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره
بذلك ثم جا فلان فقال امرته فقال باخذه فلان فان قال فلان لم امره وقد كان اشتراه
لفلان لم يكن لفلان الا ان يسلمه له المشتري فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان
بيعا للذي اخذه من المشتري وكانت العهدة عليه للاخذ على المشتري وثبت بهذا ان
بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطا فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان
اخذ بلا اعطا لعادة الناس وثبت به اي التفيس من الاموال والخسيس في بيع
التعاطي سوا وكذلك ذكر الصدر الشهيد والعتابي ايضا في شرحيهما للجامع الصغير ونقل
في خلاصة الفتاوى عن شمس الايمة الحلواني انه افتى ان التعاطي باحد الجانبين لا يكون
ومن مسايل التعاطي ما قال في الفتاوى الصغرى اذا قال لاخر بعتك هذا العبد بالف
درهم فقبضه المشتري ولم يقل شيا ينعقد البيع بينهما ثم قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه ومنها ما نقل في خلاصة الفتاوى عن المنتقى رجل له على اخر الف درهم
فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير فلم يقع
بيع ثم فارقه فجاه بالدنانير فدفعها اليه بسعر الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستانف
بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشي بربد سرا ولم يكن معه وعا من يا خذ فيه
ثم فارقه باخذ شراه وجاه بالوعا بعد ذلك فاعطاه الدراهم وكان له جاز ومنها ما قال
فيها وفي فتاوى الولوالجي رجل انتهى الي ذي بطيخ فقال بكم عشر بطيخات من هذا
البطيخ بغير عينها فقال بكذا فاشتراها ثم عزل البايع عشر بطيخات فقبلها ومضى جاز
على هذا جاز استحسانا وان كان البطيخ منقا وتا وكذلك الرمان لانه لما عزل كان هذا
بمنزلة الايجاب فان قبل المشتري فالان تم البيع **قوله** قال واذا اوجب احد
المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شا قبل في المجلس وان شا رد اي قال القدوري
في مختصره والخيار الذي ذكره هو خيار القبول والاصل في ثبوت الخيار ما حدث
البخاري باسناده الي حكيم بن حزام رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

البيعان بالخيار

البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او قال حتى يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كتما وكذبا فمحقت
بركة بيعهما والمراد من التفرق هو التفرق قولا لا بدنا وسيجي بيانه بعد هذا ان شا الله تعالى ولان المشتري
لو لم يثبت له الخيار بالقبول او الرد يلزم الزام العقد عليه بلا رضاه فلا يجوز وكذا يثبت الخيار
للبايع قبل قبول المشتري فان شا بقي على ايجابه وان شا رجع عن ذلك لانه لم يترتب على
ايجابه حكم العقد قبل قبول صاحبه فان شا رجع بعد ذلك عن ايجابه لا يلزم ابطال حق صاحبه
فكان له الرجوع ثم خيار القبول يمتد الي اخر المجلس ما لم يوجد دليل الاعراض من القيام او الاشتغال
بعمل يدل على الاعراض فاذا وجد فلا يصح القبول بعد ذلك وانما امتد الخيار الي اخر المجلس لانه خيار
تمليك فيتوقف على المجلس كخيار المخيرة ولان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبر جميع ساعاته كساعة
واحدة طلبا لليسر ودفعا للعسر والضيق عن الناس قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من
حرج قال صاحب الهداية والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
واذا الرسالة وذلك نحو ان يكتب اليه اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم
فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت تم البيع لان الخطاب والجواب من
الغايب بالكتاب يكون وكذا اذا ارسل رسولا نحو ان يقول البايع بعت عبدي هذا من
فلان الغايب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال
فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول
معبر وسفير ينقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد كذا في التحفة وشرح الطحاوي
ثم قال في شرح الطحاوي وبعد ما كتب شطر العقد او بعد ما ارسل رسولا اذا رجع عن
ذلك صح رجوعه سوا علم الرسول او لم يعلم لما ذكرنا انه يملك الرجوع من شطر العقد قبل
قبول صاحبه بخلاف ما اذا وكل وكيلا ثم عزله بغير محضر منه فلا يصح عزله وقال
في التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف
شطر العقد على قبول الاخر في ذلك المجلس بالاجماع فان من قال خالعت امراتي فلانة
الغايبة على الف درهم فبلغها الخبر فاجازت ذلك او قبلت صح وكذا اذا قال اعتقت
عبدي فلانا الغايب بالف درهم فانه يتوقف على اجازة العبد فاما في جانب المراة
والعبد لا يتوقف اذا كان الزوج والمولى غايبين واما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند
ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف يتوقف وتفسير ما قال في شرح الطحاوي وهو
ان يقول الرجل للشهود اشهدوا اني تزوجت فلانة بكذا فبلغها فاجازت او قالت
المراة هكذا فبلغ الزوج الخبر فاجاز لا يجوز في قولهما ويجوز في قول ابي يوسف وفي
البيع لا يتوقف بالاجماع وقال شمس الايمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه
كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وساير التصرفات بالكتاب ايضا وذكر شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الخطاب والكتاب سوا الا في فصل واحد وهو انه
لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح فلم يجب في مجلس الخطاب ثم اجابته في مجلس اخر فان
النكاح لا يصح وفي الكتاب اذا بلغها وقرات الكتاب ولم تزوج نفسها منه في
المجلس الذي قرات فيه الكتاب ثم تزوجت نفسها منه في مجلس اخر بين يدي
الشهود وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب يصح النكاح وانما كان كذلك لان
الغايب انما صار خاطبا اليها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقا

الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر
في مجلس اخر فاما اذا كان حاضرا فانما كان يخاطبها بالكلام وما وجد من الكلام في المجلس الاول
لا يبقى الى المجلس الثاني فانما سمع الشهود في المجلس الثاني احد شطري العقد وسماع الشاهد
شطري العقد في مجلس واحد شرط لجواز النكاح قوله وليس له ان يقبل في بعض
المبيع ولا للمشتري ان يقبل ببعض الثمن لعدم رضا الاخر بتفريق الصفقة الا اذا
بين ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى بيانه ان البايع اذا اوجب في
شيئين فقبل المشتري في بعض ذلك او اوجب المشتري في شيئين فقبل البايع في بعضه فان
ذلك لا يجوز لان فيه تفريق الصفقة واحد العاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الاخر
في الاتمام لان في التفريق ضررا وهذا لان الانسان قد يجمع بين الشيئين في البيع
والشرا رغبة في بيع احدهما او شراه فاذا قبل صاحبه في البعض يفوت الغرض المبتغى
من الجمع وهو ضرر لا محالة ولان فيه تصرفا في الايجاب برد الايجاب المضاف الى الكل
الى البعض فلا يصح ولان فيه اثبات الشركة وهي عيب الا ان يرضى البايع في المجلس فحينئذ
يصح العقد بيانه ان قبول المشتري في البعض لما لم يصح كان ذلك منه استينافا عقد فاحتيج
الى قبول البايع في المجلس مثاله ما اذا قال البايع بعتك هذين القفيزين بعشرة فقال المشتري
قبلت في احدهما لم يصح قبوله لانه استيناف ايجاب من المشتري فكان للبايع الخيار في القبول
والرد لكن هذا فيما اذا كان لكل جزء حصة معلومة من الثمن بان ينقسم الثمن باعتبار الاجزا كما في
المثال المذكور اما اذا لم يكن كذلك فلا يصح العقد كما اذا كان الثمن منقسما باعتبار القيمة كما اذا
اضاف العقد الى عبدين او ثوبين ونحو ذلك فقبل في احدهما لم يصح وان رضي البايع
في المجلس لان حصة احدهما مجهولة الا ان يبين الثمن ويرضى البايع بذلك في المجلس
وهذا الذي ذكرنا فيما اذا لم يفرق البايع في الايجاب ولو فرق فيه فقال بعتك هذين
العبدين بمائة وهذا بمائتين فللمشتري ان يقبل حينئذ في ايهما شا لانه لا يلزم تفريق
الصفقة على الاخر في الاتمام قال صاحب المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع
والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه قوله وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل
الايجاب هذا لفظ القدوري في مختصره اذا وجد الايجاب من احد المتعاقدين ثم قام
احدهما ايهما كان من البايع والمشتري قبل قبول الاخر بطل الايجاب السابق لان القيام دليل
الاعراض فان قلت لو كان القيام دليل الاعراض يصح قوله صريحا بعد القيام لانه يبطل الايجاب
بمجرد القيام لوجود الدلالة على الاعراض فبعد ذلك لم يفد الصريح لان المنسوخ لا تلحقه الاجازة
اما قول الفقها الصريح يفوق الدلالة ففيما اذا كان رضا ولم يوجد ذلك حين وجود الدلالة
قال في شرح الطحاوي فاذا تعاقدا عقد البيع وهما يمشيان او يسيران على دابة او دابتين
فان اخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما وان فصل عنه وان
قل فانه لا يصح وان كانا على دابة واحدة في محمل واحد لانه لما وجد سيرا ومشيا من احدهما او
منهما جميعا بين الخطابين وان قل فقد بطل المجلس ووجد الاعراض قبل تمامه فيبطل
الا ترى انه لو قرا اية سجدة واحدة من ايات السجدة وكررها وهو يمشي او يسير على دابة لا يصلي
عليها فانه يجب عليه لكل قراة سجدة لتفرق المكان ولو خير امراته وهي تمشي او تسير
على الدابة فان وقفت فهي على خيارها ما لم تعرض عن مجلسها ذلك وان مشت او سارت

بطل خيارها

بطل خيارها باعراضها عن المجلس الا اذا اخرجت اختيارها نفسها متصلا بتخيير الزوج اياها
بانت منه اذا نوى الزوج طلاقا ولو تبايعا وهما في السفينة تجري فوجدت سكتة
بين الخطابين فلا يمنع انعقاد البيع بينهما والسفينة بمنزلة البيت لانهما لا يملكان ايقافها
فجريان السفينة لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة لانهما يملكان
الايقاف فيضاف سير الدابة اليهما الا ترى انه لو قرا اية السجدة مرارا في السفينة
وهي تجري فلا يجب عليه الا سجدة واحدة كذا في شرح الطحاوي ثم قال فيه ولو خير
امراته وهي واقفة فسار الزوج او مشى قبل ان تختار المراة ثم اختارت المراة نفسها وقع
الطلاق ان نوى الزوج به طلاقا ولو سارت المراة قبل الاختيار ثم اختارت فلا يقع شي من
الطلاق وانما يقتصر على مجلسها خاصة دون مجلس الزوج بخلاف البيع لان فيه يقتصر
على مجلسهما وفي خلاصة الفتاوى رجلان يمشيان فقال احدهما للاخر بعت منك كذا بكذا
وقال الاخر بعد ما مشى خطوة او خطوتين اشتريت صح هكذا ذكر في مجموع النوازل وقال الصدر
الشهيد في الفتاوى ظاهر الرواية لا يصح ولو كان المشتري في صلاة الفريضة وفرغ وقبل
جاز ولو كان في صلاة التطوع فقال البايع بعتك كذا بكذا فاضاف اليها ركعة اخرى ثم قبل
جاز ولو كان في يده قدح ماء فشرب ثم قال قبلت جاز وكذا اللقمة الواحدة لا يتبدل المجلس
اما اذا اشتغل بالاكل يتبدل المجلس ولو كانا نايمين ونام احدهما ان كان مضطجعا فهي فرقة
اما اذا كانا نايمين جالسين لا يكون فرقة في المنتهى الى لفظ رواية الخلاصة قوله وله
ذلك اي لكل واحد منهما الاعراض والرجوع عما وجب الموجب قبل قبول الاخر انتهى
قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه
الى قوله فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير قوله واذا حصل الايجاب والقبول
لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم روية هذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان الايجاب والقبول اذا حصلا من الاهل مضافا الى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك
والولاية لزم البيع وليس لواحد من المتعاقدين بعد ذلك فسخ العقد في المجلس ولا بعد
افتراقهما الا برضى الاخر وهو مذهب اصحابنا ومالك وسفيان وقال الشافعي يثبت
لكل واحد منهما خيار المجلس وهو مذهب احمد واسحق وجه قول الشافعي قوله عليه
السلام البيعان بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري
مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى البخاري مسندا الى حكيم
بن حزام رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وروي ما لم يتفرقا
وروى البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما قال قال النبي صلى الله عليه وسلم
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى ابن عمر رضي الله عنهما
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم
يتفرقا الا بيع الخيار وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا او يخير احدهما
الاخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك واحد منهما
البيع فقد وجب البيع ثم الشافعي رحمه الله اخذ بظاهر هذه الاحاديث وحمل التفرق
على الفرقة بالابدان لا بالكلام وقال معنى قوله او يكون البيع خيارا هو ان يقول احدهما لصاحبه

وهما بعد في المجلس اختر فاذا فعل ذلك انقطع الخيار الاول الذي قد شرط فيه التفرق ولنا قوله
تعالي يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وجه
الاستدلال بالاية ان الله تعالي اباح الاكل بوجود التجارة عن تراض والبيع تجارة عن تراض
فلو ثبت لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس لم يجز تصرف المشتري فيه بالاكل
وقوله تعالي يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود والبيع عقد يلزم الوفا به بظاهر الاية
فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن الوفا بعقد البيع وقوله تعالي واشهدوا اذا تبايعتم
وجه الاستدلال ان الله تعالي ندب الي الاشهاد علي عقد البيع للتوثقة فلو كان خيار
المجلس ثابتا لم يكن للتوثقة فايدة ويدل علي هذا ما روي البخاري في الصحيح باسناده
الي بن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه
حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه بيانه ان النبي صلي الله عليه وسلم جوز بيعه
بعد القبض فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن بيعه جايزا وقد نهي النبي صلي الله عليه
وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري بيانه
ان النبي صلي الله عليه وسلم اجاز بيع الطعام بعد جريان الصاعين بلا شرط الافتراق
فلو كان خيار المجلس ثابتا لاشترط ذلك وروي البخاري ايضا باسناده الي ابن عمر
رضي الله عنهما ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها
للبايع الا ان يشترط المبتاع بيانه ان النبي صلي الله عليه وسلم ازال ملك البايع عن
النخل بمجرد العقد وعن الثمر بشرط المبتاع بدون شرط الافتراق فلو كان خيار المجلس
ثابتا لم يستحق ذلك قبل الافتراق والمعقول في المسيلة ان النكاح والخلع والعتق
علي مال والكتابة كل واحد منهما يصح بلا خيار المجلس فيجب ان يكون البيع كذلك
والجامع كون العاقد راضيا بما تضمنه عقده من ايجاب الملك بلا شرط خيار المجلس
ولان البيع بعد الايجاب والقبول تم وتعلق حق كل واحد من المتعاقدين ولا يجوز ابطال
حق كل واحد باثبات الخيار لصاحبه كما في الاجارة ولانه خيار لا يثبت بعد الافتراق
فلا يثبت قبل الافتراق ولا يلزم خيار الشرط والعيب والروية لان كل واحد منهما كما ثبت
في المجلس يثبت بعد المجلس والجواب عن قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
نقول رواه في الموطا ولم يثبت خيار المجلس فلو كان ذلك مرادا بالحديث لكان اولي
الناس بالعمل به او نقول المراد منه خيار القبول لان سياق الحديث يدل علي ذلك
كانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بان يقول احدهما بعني ويقول
الاخر بعت فيتخير كل واحد منهما بعد ذلك اما البايع فله الخيار اما ان يثبت علي ما قال
او يرجع عنه واما المشتري فله الخيار ايضا اما ان يقبل او يرد ما داما في المجلس وهو تاويل
قوله عليه السلام كانا جميعا ولا يسميان متبايعين بعد القضا فعل البيع الا مجازا والاصل
في الكلام الحقيقة او يحتمل الحديث ما قلنا فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما قلنا من الدلايل
النقلية والعقلية لان الاصل هو الجمع بين الدلايل والعمل بهما جميعا او نقول سمي المتساومان
متبايعين لقربهما من التبايع كما سمي اسحق واسماعيل ذبيحا لقربه من الذبح الا تري ان
النبي صلي الله عليه وسلم اطلق اسم البيع علي السوم في قوله عليه السلام لا يبيع الرجل علي
بيع اخيه رواه البخاري مسندا الي بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلي الله عليه وسلم

ويروى لا يسوم الرجل علي سوم اخيه رواه البخاري فدل علي ان احد اللفظين يبني علي معنى الاخر
يدل علي ما قلنا سياق الحديث وهو قوله عليه السلام الا بيع الخيار لانه اثبته بيعا مع الخيار فدل
ان المراد من قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار حال البيع وهو السوم واما التفرق المذكور في
الحديث ففيه وجهان عندنا يجوز ان يراد به التفرق بالابدان ويجوز ان يراد به التفرق
بالاقوال فمعنى الاول ان احد المتعاقدين اذا قال لصاحبه قد بعتك هذا العبد فله قبوله في المجلس
ما لم يفارقه ولهذا صح الرجوع فيه قبل قبول الاخر فان افترقا قبل القبول وتمام البيع لم يكن له القبول
والفسخ الايجاب وفايدته ان خيار القبول مقصور علي المجلس دون غيره روى هذا التاويل
ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار عن عيسى بن ابان ويروي ذلك عن ابي يوسف
ايضا وليس هذا شرح الاثار بل معناه ومعنى الثاني وهو التفرق بالاقوال ان البايع اذا قال
له قد بعتك هذا العبد فله الرجوع فيه قبل ان يقبل الاخر فان قبله الاخر فقد تفرق هو والبايع
وانقطع الخيار وهذا كما قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فكان الزوج اذا قال
للمراة قد طلقتك علي كذا فقالت المراة قبلت فقد بانت وتفرقا بذلك القول وان لم يتفرقا
بابدانهما وروي هذا التاويل ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار عن محمد ابن الحسن ويقال الناس
في عرف مثل هذا اجتمع الناس علي كذا وافترقوا عن كذا وهم حضور في المجلس والدليل علي ان
الافتراق بالاقوال يسمى افتراقا وان لم يوجد الافتراق بالابدان قوله تعالي وما تفرق الذين اوتوا
الكتاب الا من بعد ما جاتهم البينة وقوله عليه السلام ستفترق امتي علي ثلاث وسبعين
فرقة رواه ابو هريرة رضي الله عنه وروي صاحب السنن باسناده الي معوية قال قال
رسول الله صلي الله عليه وسلم الا من قبلكم من اهل الكتاب افترقوا علي ثنتين وسبعين
ملة وان هذه الملة ستفترق علي ثلاث وسبعين ثنتان وسبعون في النار وواحدة في الجنة
وهي الجماعة قوله قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الي معرفة مقدارها في جواز
البيع اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الاعواض المشار اليها سوا كانت ثمنا او مثمنا
لا يشترط فيه معرفة المقدار في جواز البيع لان بالاشارة يحصل التعريف المنافي للجهالة
المفضية الي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فكل جهالة
لا تمنع التسليم والتسلم لا يمنع جواز العقد كما في جهالة القيمة وكيل صبرة اذا بيع ذلك
منها وجهالة عدد الثياب المعينة لكن هذا في غير الاموال الربوية اما في الاموال
الربوية فاذا قوبلت بجنسها كالذهب بالذهب والفضة بالفضة والحنطة بالحنطة
والشعير ونحو ذلك فكان العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربوا واحترز بالاعواض
المشار اليها عما لم يشر اليه كما في السلم لان معرفة القدر في السلم شرط لجواز العقد لان الجهالة
فيه مفضية الي المنازعة المانعة من التسلم والتسليم لان رب السلم يطالب المسلم اليه
بالمسلم فيه زايدا علي ما يدفعه المسلم اليه فتقع المنازعة لا محالة لان احدهما لا يرضى بما قاله
الاخر قوله وجهالة الوصف فيه اي جهالة القدر في العوض المشار اليه قوله والاثمان
المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة هذا لفظ القدوري والمراد بالاثمان
المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة هذا لفظ القدوري الدراهم
والدنانير لانهما اثمان بكل حال لان الله تعالي خلق الذهب والفضة ثمنا للاشيا والمعنى
بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشيا ويتوصل به اليها وهما بهذه الصفة قبل الصياغة

ويجوز ان يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة بان يقول مثلا بعت بذهب او قال بفضة
فلا يجوز العقد الا ببيان القدر كالخمسة والعشرة والوصف كالبخاري والسمرقندي
لانه اذا لم يبين القدر والصفة يفضي الى المنازعة من التسليم والتسلم فلا يحصل
المقصود من العقد فيبطل العقد وهذا لان وضع الاسباب لقطع المنازعات
بان يكون كل من نازعا بالسبب نايرا بالمسبب فاذا افضى العقد الى المنازعة عاد
على موضوعه بالنقض فيفسد العقد وينبغي لك ان تعرف الفرق بين المبيع والثمن
فقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين
فهو ثمن ونقل ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في الايضاح عن الفرا انه قال الثمن
ما كان في الذمة ثم الاموال ثلثة انواع ثمن مطلق وسلعة محضة وداير بينهما
بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ثم الدراهم والدنانير اثمان ابدا سواء كان في مقابلتها
امثالها واعيان صحبها حرف البا او لا حتى ان في الاثمان تصير صرفا ولو كانت
بمقابلتها السلعة تصير ثمنا والسلعة مبيعا على كل حال لانها اثمان مطلقة على
كل حال فلا تتعين بالتعيين واما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب
والدور والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطاطيخ والثمار فهي مبيعة وتتعين
بالتعيين ولا يجوز البيع فيها الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب بخلاف القياس ثم الثياب
كما تثبت دينا في الذمة مبيعا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة موجلا بطريق
الثمن والاجل شرط في الثياب لا لانه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة
بالسلم في كونها دينا في الذمة واما المكيل والموزون والعددي المتقارب ان كانت في
مقابلتها اثمان فهي مبيعة وان كان في مقابلتها امثالها اعني المكيل والموزون
والعددي المتقارب فكل ما كان ان كانت في مقابلتها اثمان فهي مبيعة موصوفا في الذمة
يكون ثمنا وكل ما كان معينا يكون مبيعا وان كان كل واحد منهما موصوفا في الذمة فما صحبه
حرف البا يكون ثمنا والاخر مبيعا لان هذا مما يتعين بالتعيين ويثبت دينا في الذمة
ايضا فيتعين احد الوجهين بالدليل الى هنا لفظ التحفة انتهى **قوله** وكل جهالة هذه
صفتها اي كل جهالة مفضية الى المنازعة يمنع جواز العقد **قوله** قال ويجوز البيع بثمن
حال وموجل اذا كان الاجل معلوما اي قال القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى واحل
الله البيع وحرم الربوا فدل باطلاقه على جواز البيع بمطلق الثمن حالا كان او موجلا لان الله تعالى
احل البيع ولم يفصل بين ثمن وثمن وقد حدث البخاري في الصحيح باسناده الى الاسود عن
عايشة رضي الله عنها قالت اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي
بنسيئة وفي رواية الى اجل ورهنه درعا له من حديد واما كون الاجل معلوما فلما
روي في الصحيح والسنن مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اسلم في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمعنى فيه ان الاجل
اذا كان مجهولا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم الذي اوجبه العقد لان البايع يطالب
المشتري بتسليم الثمن في مدة قريبة والمشتري يريد تسليمه في مدة بعيدة فيقع المنازعة
لا محالة ووضع الاسباب لرفع المنازعة فاذا ادى العقد الى المنازعة بسبب الجهالة كان

فاسدا

٦

فاسدا لعرا العقد عن المقصود **قوله** فهذا يطالبه اي البايع يطالب المشتري وذلك
اي المشتري في بعيدها اي في بعيد المدة **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب
نقد البلد اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد
الا ان يتبين احدهما اعلم ان الثمن اذا اطلق في البيع بان يذكر القدر دون الصفة مثل
ان يقول المشتري مثلا اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدها بالبخارية او السمرقندية
ونحو ذلك او قال اشتريت بكذا مثقالا ولم يقيده بالحليفتي والركني ونحو ذلك يكون
المراد من الثمن المذكور ما كان غالب نقد البلد لانه هو المتفاهم في عرف الناس والمطلق
من الالفاظ ينصرف اليه بدلالة العرف ولانه لو لم نحمل عليه نفسد العقد للجهالة وامور
المسلمين محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد ما امكن فيحمل على المتفاهم في
عرف البلد تحريا للجواز فاذا كانت في البلد نقود مختلفة وتروج على السوا يكون
البيع فاسدا للجهالة المانعة من التسلم والتسليم الا اذا كان البعض اروج فيكون هو
المراد ويبين بعض النقود بكونه هو المراد فتزول الجهالة فيصح العقد لكن فساد البيع
في الرواج على السوا اذا كانت النقود تختلف ماليتها بان يكون البعض افضل من الاخر
اما اذا استوت ماليتها يقع العقد جايزا ويودي المقدار المذكور من اي نقد كان من
انواع النقود لانه لا منازعة حينئذ لانه لا تفاوت بينهما لا في الرواج ولا في المالية
قوله الا ان يبين احدها اي احد النقود المختلفة وهو استثنا من قوله فالبيع
فاسد يعني اذا بين احد النقود جاز **قوله** وهذا اذا كانت الكل في الرواج سوا
اي فساد البيع في اختلاف النقود اذا كانت مستوية الرواج فاذا كان احدهما اروج جاز
العقد **قوله** وهذا اذا كانت مختلفة في المالية اي فساد العقد في النقود المستوية
الرواج فيما اذا كانت تلك النقود تختلف ماليتها فاذا استوت في المالية فلا فساد
قوله فيها اي في المالية **قوله** كالثنايي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند الثنايي ما
كان الاثنان منه يعتبر دانقا والنصرتي بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارى كذا قال حميد الدين
الضرير **قوله** والاختلاف بين العدالي بفرغانه وهي لغة فقها ما ورا النهر ويسمون
الدرهم عدليا وقد استعملوه في كتبهم **قوله** كذا قالوا اي قال المتاخرون من
المشايخ ثم اعلم ان المراد من قوله ومن اطلق الثمن هو الاطلاق عن الصفة فحسب
فانه اذا اطلق عن القدر ايضا تكون المسيلة بعينها في قوله والاثمان المطلقة لا تصح قبل
الاستثنا فيلزم التكرار فتلك المسيلة قبل الاستثنا اطلاق عن القدر والصفة جميعا وبعد
الاستثنا تقييد بهما جميعا وهذه مطلقة عن الصفة مقيدة بالقدر فكانت غيرها **قوله** ويجوز
بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة هذا لفظ القدوري في مختصره والمراد من جواز البيع
مجازفة اذا باع بخلاف الجنس لما روي في شرح الاثار مسندا الى عبادة بن الصامت قال
امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نبيع الذهب بالفضة والبر بالشعير والشعير بالبر
يدا بيد كيف شينا ولان الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع التسليم كجهالة القيمة مثل
ما اذا اشترى شيا مجهول القيمة بثمن معلوم ولا يدري ان القيمة ازيد من الثمن
او انقص منه ولا تعتبر بتلك الجهالة لانها ليست بمانعة من التسليم وهذا معنى قوله
فشابه جهالة القيمة اما اذا باع الطعام جنسا بجنس فيما لا يدخل تحت القدر

وهو الكيل مثلا بالمجازفة جاز كبيع الحفنة بالحفنتين فانه جايز عندنا لعدم القدر وكذلك السفرجلة بالسفرجلتين والتمرة بالتمرتين وقال في خلاصة الفتاوي وكيادني ما يكون مال الربوا نصف صاع حتى لو باع منا من الحنطة بمن ونصف وقال كل شي حرم في الكثير فالقليل منه حرام والمراد من الطعام في العرف الحنطة ودقيقها فلهذا عطف الحبوب على الطعام وان كان يشتمل اسم الطعام على الحبوب ايضا واراد بالحبوب ساير الحبوب مثل الحمص والعدس ونحو ذلك **قوله** مكايلة ومجازفة والمكايلة معاملة الشخص بالكيل قال في ديوان الادب يقال كايلته اذا كال لك وكلت له والجزاف في البيع والشرا وهو بالحدس بلا كيل ولا وزن وكان الفقيا من الكسر لو بني على الفعل كذا في المغرب وقال في الجمهرة الجزف الاخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل اذا اكثر ومنه الجزاف والمجازفة في الشرا والبيع وهو يرجع الى المساهلة **قوله** وهذا اذا باعه بخلاف جنسه اشارة الى جواز بيع الطعام والحبوب مجازفة لا مكايلة لان البيع في صورة المكايلة يجوز مطلقا بلا قيد خلاف الجنس لوجود المسوي **قوله** لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد ولفظ الحديث في السنن اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وحدث مالك في الموطا عن ابن شهاب ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يقول لا باس ان يواخذ الواحد بالاثنين من الطعام اذا اختلف يدا بيد **قوله** ولان الجهالة عطف على قوله لقوله عليه السلام **قوله** تشابه جها لة القيمة مر بيانه **قوله** قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره اي قال القدوري في مختصره اعلم ان السلم لا يجوز الا بمكيال معروف القدر فاذا اشترط بمكيال غير معروف او باناء بعينه لا يعرف قدره لا يجوز وبيع العين بمكيال لا يعرف قدره جايز كما اذا اشترى كذا قفيزا من صبرة باناء لا يعرف قدره يدا بيد والفرق ان التسليم في بيع العين واجب للحال فيجعل ذلك دافعا بالقيام الملك والبيع فلا يمتنع جواز البيع لعجز موهوم بهلاك الاناء لانه نادر قلا يعتد به فلو اعتبر العجز الموهوم لم يجز عقد اصلا والتسليم في السلم ليس بواجب في الحال بل هو موجل الى مدة والهلاك قبل زمان التسليم نادر وليس بنادر فاذا لم يعرف مقدار الاناء والحجر فهلك يفضي الى المنازعة وهو خلاف وضع الاسباب فلهذا نشترط في السلم ان يكون المسلم فيه معلوم الكيل والوزن حتى تكون المقدرة على التسليم ثابتة حكما فلن تقع المنازعة قال صاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا روي ذلك الفقيه ابو الليث في العيون ثم قال وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا كان الاناء مما لا ينكبس اذا اخشي فيه فالبيع جايز مثل الطست ونحو ذلك واما الزنبيل والجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان **قوله** هلاكه اي هلاك الاناء والحجر قبل التسليم **قوله** والاول اصح واظهر اراد به ما ذكره القدوري بقوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره **قوله** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها اي قال القدوري في مختصره وعندهما يجوز في جميع القفزان سوا سمي جملة القفزان او لم يسم اعلم انه اذا قال هذه الصبرة على انها قفيزا وبعتك قفيزا منها فهما سوا والبيع واقع على قفيز واحد كذا ذكره الكرخي في مختصره وذلك لان البيع وقع على المقدر فان وجده المشتري اقل من قفيز فله الخيار ان شا اخذ الموجود بحصته وان شا تركه لتفرق الصفقة

ولو قال

ولو قال بعتك هذا الطعام على انه كر كل قفيز بكذا فالبيع لازم في الكر ان المبيع معلوم والثمن معلوم فان وجده زايدا فهو للبايع وان وجده ناقصا فللمشتري الخيار في اخذ الباقي وتركه لما قلنا اما اذا قال ابيعك هذه الصبرة كل قفيز بكذا وهي مسيلة القدوري فالبيع جايز في قفيز واحد عند ابي حنيفة وكذا اذا قال ابيعك هذه الصبرة كل قفيزين او ثلاثة بكذا فالبيع جايز عند ابي حنيفة في القدر المسمى من عدد القفزان الا اذا زالت الجهالة بعلم جميع القفزان بتسميتها او بالكيل في المجلس قبل الافتراق فحينيذ يجوز البيع في الجميع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي الزيادة البيع موقوف فان علم قبل ان يفترقا ورضي به جاز البيع ثم للمشتري الخيار بعد العلم لانه لم يكن راضيا بجملة الثمن حال العقد ومن الجايز ان يظهر اكثر مما ظنه المشتري وانما انكشف له الثمن الان فكان له الخيار دفعا للضرر كما اذا اشترى ما لم يره وقبل الكيل لكل واحد منهما الفسخ ذكره في الايضاح وذلك لان الجهالة قايمة او لتفرق الصفقة وعندهما البيع في الكل لازم ولا خيار وقال الكرخي في مختصره وكذلك هذا في كل مكيل وموزون او معدود من جنس واحد اذا لم يكن تختلف القيمة يعني عند ابي حنيفة يجوز البيع في قفيز واحد ومن واحد وشي واحد وعندهما يجوز في الكل وجه قولهما ان هذه جهالة لم تكن بيد العاقلين ازالتها الا ترى انه لو كال في المجلس جاز بالاتفاق فصار كبيع عبد من عبدين وللمشتري الخيار ان شا اخذ هذا وان شا اخذ ذاك فاذا اخذ ايهما شا ارتفعت الجهالة فكذا هنا ووجه قول ابي حنيفة ان القدر المسمى من القفيز او القفيزين او الثلاثة معلوم القدر معلوم الثمن لجاز البيع فيه وما زاد على ذلك مجهول القدر مجهول الثمن لان الثمن بعدد القفزان وعددها مجهول فكان الثمن مجهولا وجهالة الثمن مفسدة للعقد كبيع الشي برقمه لكن لما لم تكن الجهالة لازمة قلنا بثبوت الخيار بعد العلم قال في الايضاح وان كان المشتري رضي به فليس للبايع ان يفسخ في رواية محمد عن ابي حنيفة وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجوز العقد فيما زاد على القفيز الا بتراضيهما وجه رواية ابي يوسف ان الفساد ثبت لمعنى في صلب العقد وهو جهالة الثمن والعقد تام بهما فاوجبت هذه الجهالة خيار الفسخ لكل واحد منهما فلا يلزم الا بتراضيهما ووجه رواية محمد ان جهالة الثمن تختص بما يتعلق بجانب المشتري وهو لزوم الثمن عليه لان الخيار في الاصل شرع لدفع ما عليه لا لدفع ماله فاثبتنا الخيار للمشتري قال في المختلف فان كان صبرة من حنطة وصبرة من شعير فباع كل قفيز بدرهم لا يجوز عند ابي حنيفة في شي من ذلك الجهالة الواحدة ايضا ثم اعلم انه اذا سمى جملة الثمن ولم يسم جملة الصبرة مثل ما اذا قال بعتك هذه الصبرة بماية درهم كل قفيز بدرهم فقال الطحاوي في مختصره وقع البيع على جميعها في قولهم جميعا كل قفيز منها بدرهم وهو صحيح لانه جعل تسمية جميع الثمن كتسمية المبيع ومحمد لم يذكره في الكتب كذا قاله الامام الاسبيجابي **قوله** تعذر الصرف اي صرف البيع **قوله** او بالكيل في المجلس قيد بالكيل في المجلس لان ساعات المجلس تعتبر ساعة واحدة دفعا للعسر فاذا حصل العلم بعد العقد في المجلس تجعل ذلك كالعلم حالة العقد بخلاف العلم بعد الافتراق حيث

لا ينقلب العقد جايزا لتقرر الفساد للجهالة **قوله** ومثلها غير مانعة اي ومثل هذه الجهالة
التي بيد العاقدين ازالتها غير مانعة من جواز البيع **قوله** وكذا اذا كيل في المجلس اي للمشتري
الخيار ولكن لا لتفرق الصفقة بل لانه لم يكن راضيا بجملة الثمن وقد مر بيانه **قوله**
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها هذا لفظ القدوري في مختصره
ولم يذكر الخلاف فيه وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يصح في الجميع وبه
قال الشافعي وتمامه فيه وكذا من باع ثوبا مزارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان اي فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة ويصح عندهما في الجميع قالوا في شرح
الجامع الصغير فان علم بالذرع قبل الافتراق فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شا اخذ
كل ذراع بدرهم وان شا ترك وكذا الخلاف في كل معدود متفاوت كالبقر والابل والعبيد
ونحو ذلك واصل ذلك ان جملة الثمن اذا لم تكن معلومة يبطل البيع عنده كبيع
كل شاة من هذا القطيع بكذا وعندهما هو جايز لان طريق المعرفة قايم من غير ان ينفرد
به احد العاقدين وقيام طريق المعرفة وهذا من باع العبد بوزن هذا الحجر ذهبا جاز
فكذا ما نحن فيه ولابي حنيفة ان الثمن مجهول حقيقة فيفسد البيع به كما اذا باع الشي
برقمه ولا يقال ان ثمن الواحد معلوم لانا نقول كل المبيع مجهول لانه لا يعلم حال العقد ما مبلغ
الشياه وما مبلغ الذرعان وكل واحد ايضا مجهول للتفاوت فلا يمكن الصرف الى الواحد
بخلاف القفيز الواحد في بيع كل قفيز من هذه الصبرة بكذا فان البيع ينصرف اليه لتيقنه
لعدم تفاوته قال صاحب المختلف ومسيله الحجر هي على هذا الاختلاف قلت فاذا كانت
هي على الاختلاف لا يصلح هي حجة لهما على ابي حنيفة قال الزاهد العتابي في شرح الجامع
الصغير وهذا في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس ينبغي ان يجوز عقده في ذراع
واحد كما في الطعام الواحد ثم اعلم انه انما قال ولم يسم جملة الذرعان لانه لو سماها جاز
الا ترى الى ما قال في الايضاح ولو قال ابيعك هذا القطيع على انه خمسون راسا او
هذه الرزمة على انها خمسون بكذا فالبيع جايز لان جملة المبيع والثمن صار معلوما بالتسمية
فان وجد المبيع زايدا او ناقصا فالبيع فاسد لان الزيادة لم يقع عليها العقد فيصير كانه باع
خمسين ثوبا من احد وخمسين وهذا فاسد لانه مجهول متفاوت وان كان ناقصا
فيحتاج الى ان يحط حصة الثوب الناقص وهي مجهولة فيفسد ايضا وكذلك في ساير ما
تختلف قيمته وان سمى لكل واحد ثمنا فان زاد فسد البيع لما قلنا وان نقص فالبيع صحيح
بحصته لان ثمن كل ثوب معلوم قطعا فصح العقد وذهب بعض اصحابنا ان هذا
قولهما اما على قول ابي حنيفة البيع فاسد في الكل لان الصفقة اشتملت على
الموجود والمعدوم فيفسد العقد في المعدوم فيتعدى الفساد الى الكل في قول ابي
حنيفة قال محمد بن الحسن في الاصل واذا اشترى الرجل غنما او بقرا او ابلا او عدل
زطي كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو باطل لا يجوز من قبل انها مختلفة الا ترى انه
الغالي والرخيص والجيد والردي فاي شي يضم مع الجيد رديا ام جيدا هذا لفظ رواية
الاصل قال في الشامل هذا بالاجماع لان كل شاة لا يعرف ثمنها الا بانضمام غيرها اليها
وانه مجهول لا يدري جيدا ام رديا وقال في الاصل واذا اشترى الرجل عدل زطي
او جراب هروي لقيمته او بحكمه فالبيع في هذا لا يجوز لانه اشترى بما لا يعرف **قوله**

مزارعة اي بشرط الذرع **قوله** وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني وغيرها
قوله لما قلنا اشارة الى قوله ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
فيصرف الى الاقل لكن الاقل وهو الشاة الواحدة او الذراع من ثوب لم يصرف اليه للتفاوت
والقفيز الواحد من صبرة يصرف اليه لعدم التفاوت فظهر الفرق **قوله** وتنتفي اليها في الاولى
اي وتنتفي الجهالة الى المنازعة في بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب اذا صرف العقد
الى الشاة الواحدة والذراع الواحدة **قوله** قال ومن ابتاع صبرة على انها ماية قفيز
بماية فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شا اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شا فسخ
البيع اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمي من
الكيل مثل ان قال بعت هذه الصبرة على انها ماية قفيز بماية درهم ولا يتفاوت الحكم
بين ان يسمي لكل قفيز ثمنا بان قال كل قفيز بكذا او لم يسم فاذا وجد المسمى كما قدر فهو للمشتري
بلا خيار فان وجد زايدا فالزيادة للبايع لانها لم تدخل تحت العقد لان العقد وقع على ماية
قفيز فالزيادة ليست من الماية وان وجد ناقصا كان للمشتري الخيار لتفرق الصفقة
لان العقد وقع على جملة معلومة فاذا انتقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة فله
الخيار من الاخذ والترك فان اراد الاخذ اخذ الموجود بحصته من الثمن وطرح حصته
النقصان لان القفزان لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي
وكذلك الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في
تبعيضها مضرة **قوله** فوجدها اقل اي فوجد الصبرة اقل من ماية قفيز **قوله** على
مقدار معين وهو ماية قفيز **قوله** ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
او ارضا على انها ماية ذراع بماية فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بجملة
الثمن وان شا ترك وهو من مسايل القدوري وتمامها في مختصره فان وجدها
اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبايع اعلم ان الذرعيات تختلف
الجواب فيها بين ان سمى لكل ذراع ثمنا بان قال كل ذراع بكذا وبين ان لم يسم فقال
بعت هذا الكرباس على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده زايدا فهو للمشتري
ولا خيار للبايع وان وجده ناقصا كان للمشتري الخيار ان شا اخذ الموجود بجميع الثمن
وان شا ترك وهذا لان الذراع في الاعيان المذروعة جارية مجرى الصفة لكنها تحتمل ان
تكون مقصودة بالذكر والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يزيد في قدر
الاصل وفي قيمته كساير الصفات وايضا يثبت بكثرة الذرعان السعة وبالقلة
الضيق يقال دار واسعة ودار ضيقة والسعة والضيق صفة وايضا افتراق
بعض الذرعان عن البعض يوجب تعييبا في الباقي الا ترى انه لا يشترى المفترق
من المزروعات كالمجتمع منها فلما كانت الذراع صفة كان الزايد للمشتري لان
الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فصار كانه اشترى دارا على انها ضيقة فوجدها واسعة
وصار كانه اشترى ثوبا على انه قصير فوجده طويلا فان وجده ناقصا كان للمشتري
الخيار لفوات الوصف المرغوب فان اراد الاخذ اخذ بجميع الثمن لان الوصف لا يقابله
شي من الثمن واما اذا سمى لكل ذراع ثمنا فقال بعت هذا الكرباس بعشرة على انها
عشرة كل ذراع بدرهم فان وجده ناقصا كان للمشتري الخيار لفوات الوصف

المرغوب فيه ان شا اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شا فسخ البيع وهذا لان الذراع كانت
يحتمل ان تصير مقصودة من حيث انها منتفع بها بنفسها فلما افرد كل ذراع بالذكر
كان اصلا مقصودا فصح معقودا عليه فحط من الثمن بقدر ما نقص من الذرعان وان
وجده زايدا كان المشتري بالخيار ان شا اخذ كله كل ذراع بدرهم فلان الذراع من
حيث انها صفة دخل جميع العين في البيع ومن حيث انها صارت مقصودة معقودا
عليها بالافراد بالذكر يبقي الثمن بازا كل ذراع فلو لم يلزمه شي بازا الزيادة كل ذراع
باقل من درهم وذلك خلاف المشروط **قوله** ولو قال بعتكها علي انها مائة ذراع
كل ذراع بمائة درهم اي بعت الثياب او بعت الارض وقد مر بيان المسيلة
قبيل هذا وهي من مسايل القدوري **قوله** والوصف لا يقابله شي من الثمن الا اذا كان
مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف
الثمن او حكما لحق البايع كما اذا حدث عيب اخر عند المشتري او لحق البايع كما اذا اخاط
المشتري الثوب المبيع ثم اطلع علي عيب يكون للوصف قسط من الثمن **قوله** كاطراف
الحيوان يعني اذا اشتري جارية فاعورت عند البايع لا ينتقص شي من الثمن وكذا
المشتري يبيعها مرابحة اذا اعورت بعد ما قبضها بدون البيان وسيجي ذلك في
باب المرابحة ان شا الله تعالي **قوله** فلهذا ياخذه بكل الثمن ايضاح لقوله والوصف
لا يقابله شي من الثمن **قوله** بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم كما اذا باع عبدا علي
انه اعمى فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار **قوله** فنزل كل الذراع بمنزلة ثوب
وقد وقع الذراع معرفة في النسخ والقياس ان ينكر لانها الاحاطة الافراد وهنا لا الاجزا
اللهم الا اذا قيل اشار المصنف بهذه المعرفة الي النكرة المذكورة في قوله كل ذراع
بدرهم قبله وجه كما قالوا في قول ابي حنيفة ما الدهر اي الدهر المنكر ولا يقال
لو كان الذراع بمنزلة ثوب يفسد البيع اذا زاد الذراع كما اذا زاد الثوب
في قوله ابيعك هذه الرزمة علي انها خمسون ثوبا بكذا فاذا هي احد وخمسون
وقد مر قبل هذا لانا نقول انه بمنزلته من وجه دون وجه لا من كل وجه بيانه
انها بالافراد بالذكر صارت اصلا معقودا عليه لكنها وصف حقيقة فباعتبار انها
اصل تدخل الزيادة في العقد وصار باخذها بثمن ومن حيث انها وصف كان
للمشتري بالنقصان لفوات الوصف المرغوب فيه الخيار **قوله** لما بينا اشارة
الي قوله قبل اربعة خطوط لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن **قوله** ومن اشتري
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جايز
وان اشتري عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم وهذه من مسايل الجامع الصغير
يعني بقوله وقالا هو جايز اذا كانت الدار كلها مائة اما اذا كان اقل من ذلك
او اكثر فلا وجه قولهما ان بيع عشر الدار جايز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة
عشر فجاز ولهذا يجوز بيع عشرة اسهم من مائة سهم منها اجماعا ووجه قول ابي
حنيفة ان البيع وقع علي قدر من الدار معين لا علي شايع وذلك القدر مجهول
في نفسه لان موضعه لا يعلم امن جانب شرقي هو او من جانب غربي
او من غيرهما فيصير هو بايعا في الحقيقة عشرة اذرع عينا من الذراع وتلك

الاذرع

الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كانه باع بيتا من بيوت الدار ولم يعين
البيت او باع قسما من الاقسام من الدار المقسومة وهذا لان القسم ليس باسم للشايع بل اسم لجزء
مقدر معين لكنه لما كان مجهولا في نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف بيع عشر الدار
وبيع عشرة اسهم من مائة سهم من الدار لان العشر اسم لجزء شايع معلوم في نفسه وكذلك
عشرة اسهم من مائة سهم فانها عشر ايضا والسهم لا يشبه الذراع الا تري ان الذراع
من مائة ذراع من عشرة اذرع لا يزيد ولا ينقص وسهم من مائة ذراع ليس مثل
سهم من عشرة فظهر الفرق وبيان ما قلنا ان البيع وقع علي قدر معين من الدار لا علي
شايع لان الذراع في الاصل اسم للخشبة يذرع بها الممسوح وليست هي بمرادة هنا البتة
بل المراد ما يحله الذراع ويجاوره مجازا باطلاق اسم الحال علي المحل وما يحله الذراع معين
لا شايع لان الشايع لا يتصور ان يذرع فلم يصلح ان يستعار الذراع للشايع لان الشايع
ليس بمحل للذراع فلما اريد بالذراع ما يحله وهو معين لكنه مجهول بطل العقد وقال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر الخصاف في هذه المسيلة ان فساد
البيع عند ابي حنيفة لجهالة جملة الذرعان فاما اذا عرفت مساحتها فهو جايز وجعل
ذلك نظير بيع كل شاة من القطيع بعشرة وذكر ابو زيد في الشروط انه باطل وان عرفت
جملة الذرعان وهو جواب الكتاب ايضا ههنا وهو الصحيح الي هنا لفظ كتاب فخر
الاسلام ثم قال فخر الاسلام وقولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس وقال شمس
الايمة السرخسي ولم يذكر هنا ولا في البيوع انه لو اشتري عشرة اذرع من هذه الدار
ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه علي قولهما ثم من اصحابنا من قال انه لا يجوز العقد
بمنزلة ما لو اشتري سهما منها والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي
الي المنازعة فانه يمكن ان يذرع جميع الدار حتي اذا كانت مائة ذراع علم ان
المبيع عشرها وان كانت خمسين علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشتري سهما منها ولم
يقل من كذا سهما لان تلك الجهالة تفضي الي تمكن المنازعة بينهما ولا طريق لرفعها
فكانت مفسدة للعقد **قوله** لما يذرع به وهو الخشبة **قوله** فاستعير لما يحله الذراع
اي استعير الذراع لمحل الذراع وهو الممسوح وكان القياس ان يقول استعيرت لانه
اسند الي ضمير الذراع وهي مونثة لكنه ذكر الفعل علي تاويل الذراع بما يذرع به
قوله وهو المعين اي ما يحله الذراع هو المعين **قوله** وذلك غير معلوم اي ما
يحله الذراع غير معلوم موضعه لانه لا يدري من اي جانب هو **قوله** الخصاف
هو ابو بكر احمد بن عمر والخصاف من كبار علمائنا المتقدمين وهو صاحب ادب
القاضي والشروط واحكام الوقوف والرضاع والنفقات وكتاب الحيل في الفقه
وكان معاصرا مع الشيخ ابي جعفر احمد بن عمران استاذ ابي جعفر الطحاوي **قوله**
لبقا الجهالة تعليل قوله ولا فرق عند ابي حنيفة يعني ان جملة ذرعان الدار وان عرفت
لا يعلم عشرة اذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة **قوله** ولو اشتري عدلا علي
انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشرة فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن
فيه لف ونشر اي لجهالة المبيع فيما اذا كان العدل احد عشر لانه يكون بايعا عشرة
اثواب من احد عشر ثوبا والعشرة مجهولة ولجهالة الثمن فيما اذا كان العدل تسعة

لانه لابد من حصة الثوب الناقص وهي مجهوله فلو قال لجهالة الثمن والمبيع كان اولى وهذا اذا لم
يبين ثمن كل ثوب بل قال بعتك هذه المرزمة على انها عشرة اثواب فلا شك في
فساد البيع لان البيع مجهول لما قلنا وان نقصت جاز البيع في الموجود لان ثمن كل ثوب
معلوم وللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وقال بعض اصحابنا هذا قولهما
وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز البيع في النقصان كما في الزيادات لاشتمال الصفقة على
الموجود والمعدوم ولم يجر في المعدوم فيتعدى الى الموجود وقد مر بيانه مرة عند قوله
ومن باع قطيع غنم قال صاحب الهداية وليس بصحيح اي ما قيل ان عند ابي حنيفة لا يجوز
البيع في فصل النقصان ليس بصحيح لان ثمن كل ثوب معلوم قطعا فاذا انقصت يكون
باقي الثمن لا محالة ولا يشبه هذا ما اذا باع ثوبين على انهما هرويان فظهر احدهما
مرويا حيث لا يجوز البيع فيهما لانه جعل القبول في الثوب الهروي وهو معدوم شرطا
لصحة العقد في الهروي وهو شرط فاسد لانه لا قبول في المعدوم فيفسد العقد فيهما
جميعا سوا بين ثمن كل واحد منهما او لم يبين ثم ان صاحب الهداية لم يذكر هذه
المسيلة في البداية اعني مسيلة اشترا العدل على انه عشرة اثواب وانما ذكرها
في الهداية تفريعا وكان الاقيس ان يذكرها عند قوله وكذا من باع ثوبا مذارعة كل
ذراع بدرهم **قوله** فان تفرقا اي شرا العدل على انه عشرة اثواب ثمانية كل ثوب
بعشرة فاذا هو تسعة وشرا الثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي فافترقا
حيث يجوز البيع في الاول دون الثاني والمروي بسكون الرا كذا السماع والعدل
العلم اذا عدل بمثله **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف الى اخره وهذه المسيلة
لم يذكرها محمد في رواية الاصول وانما ذكرها في النوادر وحكاه الفقيه ابو جعفر
ولم يذكرها صاحب الهداية في البداية وانما ذكرها تفريعا كما ذكروا في شرح
الجامع الصغير تفريعا وان لم يذكر في اصل الجامع الصغير الذي صنفه محمد وكان
ينبغي ان يذكر هذه المسيلة عقيب قوله ومن اشترى ثوبا على انه عشرة
اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل واكثر فحكمها عرف
ثمة كان ثمة الزيادة والنقصان بذراع كامل وهنا بما دون الذراع ثم نقول
اذا شرط في الثوب انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد على العشرة نصف ذراع
او نقص عنها نصف ذراع قال ابو حنيفة ياخذ في الاول الثوب بعشرة ويسلم
له النصف مجانا وهذا بلا خيار وفي الثاني ياخذه بتسعة ان شا وابو يوسف
جعل نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل ففي الاول ياخذه باحد عشر وفي الثاني
ياخذه بعشرة وله الخيار في الوجهين وعند محمد ياخذ في الاول بعشرة ونصف
وفي ذراع مقابلا بنصف درهم لا محالة وهذا الظاهر ثم اذا زاد الذراع الكامل ياخذ
باحد عشر فينبغي ان ياخذه بعشرة ونصف اذا زاد نصف ذراع لكن للمشتري
الخيار في الوجهين ففي الزيادة لانه نفع لثبوته ضرر وفي النقصان لتفرق الصفقة
وجه قول ابي يوسف ان كل ذراع لما افرد بذكر بدل كانت كل ذراع بثوب
كثوب بيع على انه ذراع فاذا انتقص الثوب من الذراع لم ينتقص شي من

الثمن

الثمن وللمشتري الخيار فكذا هذا لكن الخيار في الزيادة لانه نفع يتبوئه مضرة وفي
النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان
الذراع يعتبر وصفا في الاصل وانما ياخذ حكم الاصل اذا وجد الشرط ثم الشرط وجد
في الذراع لا فيما دونها فكان الحكم في الذراع باقيا على الاصل فكان وصفا والوصف
لا يقابله شي من الثمن لكن ليس له الخيار في صورة الزيادة لان العشرة والنصف بمنزلة
العشرة الجيدة فاذا اشترى شيا على انه معيب فوجده سليما ياخذه بلا خيار فكذا هنا
وفي صورة النقصان ياخذه بتسعة ان شا لان النصف الزايد على التسعة بمنزلة
الوصف فلا يقابله شي من الثمن لكن الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف
الناقص على العشرة ويقول محمد ناخذ قال العتابي في شرح الجامع الصغير قال
مشايخنا هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة
ونحوها فاما اذا كان كرباسا لا يضره التبعيض فاشتراه على انه عشرة اذرع فوجده
احد عشر لا يسلم له الزيادة بل يرد على البايع كما في المكيلات والموزونات وعلى
هذا قالوا لو باع ذراعا من الكرباس يجوز كما لو باع قفيزا من صبرة يجوز لان القطع
والتمييز لا يضر بالباقي ولو باع ذراعا من هذا القميص او من هذه العمامة لا يجوز
لان القطع يضره فصار كما لو باع جذعا في السقف لا يجوز لما قلنا كذا هنا الا اذا قطعه
وسلمه وقبله المشتري فانه حينيذ يجوز بطريق الابتدا الى هنا لفظ كتاب العتابي
قوله فيجرا عليه اي فينقسم الذراع على الدراهم فيكون نصف الذراع بنصف
درهم **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل اي عند عدم الشرط وهو كونه مقيدا
بالذراع عاد حكم الذراع الى الاصل وهو جريان الذراع مجرى الوصف فلا جرم
عد فصل نصف ذراع جودة فصارت العشرة والنصف كالعشرة الجيدة
قوله وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على
المشروط لانه بمنزلة الموزون وبيان هذا مر آنفا **قوله** الفصل وهو بالصاد المهملة
اي القطع **قوله** قالوا اي المشايخ منه اي من الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
قوله لما ذكر قبل هذا ما ينعقد البيع وما لا ينعقد مع لواحقها شرع في هذا الفصل
يبين ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل **قوله** ومن باع دارا دخل بناوها
في البيع وان لم يسمه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اسم الدار في
العرف يتناول البنا والعرصة جميعا فيدخل البنا كالعرصة والمطلق من الالفاظ
ينصرف الى المتناهم في العرف ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها
لا بنايها بل بيعها جميعا ولا يقال يرد عليكم مسيلة اليمين اذا حلف ان لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد الانهدام حنث فلو كانت الدار تتناول البنا لم تحنث لانا نقول
الوصف في الاعيان لغو اذا لم يكن داعيا الى اليمين والبنا ليس بداع الى اليمين
بل هو داع الى الدخول قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى ارضا او دارا لا يدخل
الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق
وكذلك في الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن
والصدقة الموقوفة وقال في خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل في البيع قال في

المنتقى للمشتري ان يرد ولعول ظننت ان لي منفتحا الي الطريق الاعظم وفيها رجل باع دارا وكان
لها طريق فسد صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقوقها
لا يكون له الطريق الاول ويكون له الطريق الثاني وسيجي مسيلة المفتاح في هذا
الفصل ان شا الله تعالى وكل بقعة ليس فيها بنا تخص عرصة قوله ومن باع ارضا
دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية وذلك لان الشجر متصل بالارض اتصال
تابيد ولرفعه غاية معلومة فاشبه المتاع الموضوع في الارض فلم يدخل تحت البيع الا
بالشرط ولا يقال يرد عليكم بيع جارية او شاة او بقرة في بطنها ولد حيث يدخل
الولد تحت البيع وان لم يتصل بالام اتصال تابيد ولانفصال الولد ايضا غاية معلومة بالحديث
وهو حديث عايشة الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين لانا نقول الولد قبل الانفصال
كساير اجزا الام حكما وحقيقة اما حكما فانه يعتق بعتق الام واما حقيقة فانه يتغذى بغذاء
الام وينتقل بانتقالها قال في خلاصة الفتاوي والقطن كالزرع لا يدخل واما اصل القطن
فاختلف المشايخ والصحيح انه لا يدخل ثم قال في المحيط والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة
فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر ثم قال واما الاشجار ان
كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين ان كانت تقلع من الاصل يدخل تحت البيع
وهو الشجر الصغير الذي يباع في السوق في الربيع وان كانت تقطع من وجه الارض
فالصحيح انها تدخل تحت البيع ايضا من غير ذكر مثمرة كانت او غير مثمرة صغيرة او
كبيرة للحطب او لغيره وفيه اختلاف المشايخ واختيار الولوالجي في فتاواه انها لا تدخل
لانها بمنزلة الثمر وقال في الفتاوى الصغرى وقال مشايخنا ان كان شجر الغرس للقطع
لا للبقا كشجر الحطب وغيره لا يدخل لانها بمنزلة الزرع وذلك لا يدخل تحت بيع الارض
من غير ذكر كذا هذا ونقله عن اخر المزارعة الكبيرة لخواهر زاده وقال في الخلاصة وشجر
الخلاف والتراب للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان شجرا
واصل الاس والزعفران للبايع والقصب في الارض كالثمرة والرطبة التي يقال
لها سبست كالثمر واما عروقها فتدخل في البيع وقوايم الخلاف تدخل في البيع وقوايم
الباذنجان كذلك ذكره الامام السرخسي والامام الفضلي جعل قوايم الخلاف كالثمر
بلغا وان القطع او لا فان وبه يفتى الي هنا لفظ الخلاصة وقال الولوالجي في فتاواه
رجل اشترى كرما وفيه ورق التوت والورد لا يدخل ذلك في البيع لانه بمنزلة
الثمر قوله لانه متصل به اي الزرع متصل بالارض وتذكير الضمير في به على
تاويل المكان كقوله ولا ارض ابقل ابقالها قوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر
فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع وهذا لفظ القدوري في مختصره الا ان يشترط
المشتري الثمرة لنفسه فحينيذ تكون الثمرة له وقال مالك ان كان قد
ابرت لم تدخل في البيع وان لم توبر فهي للمشتري وبه قال الشافعي رحمه الله
كذا في شرح الاقطع وقال في وجيزهم وان كان عليها ثمرة موبرة لم تندرج
تحته وغير الموبرة تندرج وهو قول احمد واسحق ايضا لهم ما روى
مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى

الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبايع الا ان يشترط المبتاع بيانه
ان قوله فالثمر للبايع يشمل الموبر وغير الموبر فيكون بعمومه حجة عليهم ولان العقد
وقع على الاصل فلا يدخل تحته الثمر سوا ابرت النخل او لم توبر كما في ثمر ساير الشجر ولان الاتصال
بالنخل وان كان قرارا لكنه للقطع لا للبقا فصار كالزرع فلم يدخل تحت البيع والجواب عن حديث
ابن عمر رضي الله عنهما فنقول تخصيص الشي بالذكر يدل على نفي ما عداه والحكم في السكوت
عنه موقوف على وجود الدليل وقد وجد ذلك نقلا وعقلا وقد بينا ذلك ثم اذا لم يدخل
الثمر تحت بيع النخل والشجر قال القدوري في مختصره ويقال للبايع اقطعها وسلم
المبيع وكذا اذا كان فيها زرع وقال الشافعي ليس لمشتري الاشجار ان يكلف البايع
قطع الثمار بل له الابقا الي اوان القطاف للعرف كذا في وجيزهم ولنا ان ملك المشتري
وهو الشجر والارض مشغول بملك البايع وهو الثمر والزرع فيجب على البايع تفريغه
وتسليمه كما اذا باع ارضا فيها متاع او جملا عليه رحله يجب التفريغ والتسليم فكذا هنا
ولان فيما قال الشافعي ضررا على المشتري حيث يستحق عليه الانتفاع بملك الغير كما لو باع
ناقة ولها فصيل فان قلت التسليم الواجب هو المعتاد ولهذا لا يجب نقل المتاع من الدار
المبيعة في الليل للحال بل ينتظر الي ان يكون النهار ويوجد الجمال وكذا ينتظر الي ان يستحصد
الزرع اذا انقضت مدة الاجارة ولا يومر بقلع الزرع للحال والمعتاد في مسيلتنا ان ينتظر
الي القطاف والحصاد قلت نقل المتاع اذا كان كثيرا لا يومر به للحال لعدم الامكان لا لانه
هو المعتاد وكذا لا يومر بالليل لهذا المعنى واما مسيلة الاجارة فالتسليم ثمة يجب للحال
ولهذا وجب تبقية الزرع باجرة مبتداة فلو لم يكن تسليم الارض واجبا للحال لم يجب
اجرة اخرى قوله ويستحصد الزرع يقال استحصد الزرع حان له ان يحصد قوله وفي
العادة ان لا يقطع اي لا يقطع الثمر قبل ظهور صلاحها قوله ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم
يكن في الصحيح يتصل بقوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبايع في الحالين وقوله في الصحيح
احتراز عن قول علي السعدي قال في الفتاوى الصغرى الزرع والثمار اذا لم يصر لها قيمة
لا يدخل في البيع لكن القاضي الامام علي السعدي يقول يدخل كالاوراق ذكره استاذنا
في مجموعاته وتمام هذا في الواقعات الي هنا لفظ رواية الفتاوى الصغرى وقال
في الواقعات في باب البيوع الجايزة بعلامة النون رجل اشترى ارضا قد بذر فيها
صاحبها ولم تنبت لا تدخل تحت البيع لانها لما لم تنبت لا يصير تبعا فلو نبتت ولم
يصر له قيمة هل يدخل في البيع قال الفقيه ابو الليث لا يدخل والصواب انه يدخل نص
عليه في شرح القدوري وفي شرح المختصر المنسوب الي القاضي الاسبيجابي وغيرهم
ذكر الي هنا لفظ الواقعات وقال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى شجرا وعليها
ثمار الا انها بحال لا قيمة لها فالثمر للمشتري لان البايع لو باعها على الانفراد يجوز وفيه
نظر يتامل عند الفتوى الي هنا لفظ رواية الولوالجي قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما سنشير اليه اشارة الي ما ذكره بعد نسخة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد
صلاحها في الحال او قد بدا جاز قوله فلا يدخل بالاتفاق نتيجة لقوله ولا فرق يعني لما لم يكن
الفرق بين الحالين لم يدخل الثمر في بيع الشجر بلا ذكر قوله واما اذا بيعت الارض
وقد بذر فيها صاحبها لم يدخل فيه وهذا باتفاق المشايخ وذلك لانه ما لم ينبت لا يصير

تبعا فلو نبت ولم يصر له قيمة هل يدخل في البيع قال الفقيه ابو الليث لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه في شرح القدوري وفي شرح المختصر المنسوب الي القاضي الاسبيجابي وغيره كذا الي هنا لفظ الواقعات وقال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى شجرا وعليها ثمار الا انها بحال لا قيمة لها فالثمر للمشتري لان البايع لو باعها علي الانفراد يجوز وفيه نظر يتامل عند الفتوى الي هنا لفظ رواية الولوالجي لان بيعه يجوز في اصح الروايتين للارض فصار كالمتاع الموضوع فيها اما اذا نبت ولم تصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل في البيع وقال ابو بكر الاسكاف ان الزرع اذا لم يكن له قيمة والثمر دخل في البيع مع الارض وقال الفقيه ابو الليث في النوازل ونقول ابي القسم اخر وقال الولوالجي في فتاواه والصواب انه يدخل ثم قال نص عليه في شرح القدوري وفي شرح المختصر المنسوب الي قاضي اسبيجاب يقال بذر البذر من باب نصر اذا رماه علي الارض **قوله** وكان هذا يتشدد اللون **قوله** المشافر والمناجل مشفر البعير شفته وجميعه مشافر والمنجل بكسر الميم ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما اي لان الثمر والزرع ليسا من الحقوق والمرافق ونقل في خلاصة الفتاوى عن شفعة الاصل رجل اشترى ارضا فيها زرع ان ذكر الحقوق والمرافق لا تدخل تحت البيع الا اذا شرط ذلك ان يكون للمشتري او قال بكل قليل وكثير فلو قال بكل قليل وكثير يدخل لانه فيها او منها وان قال في اخرها من حقوقها لا يدخل وكذا لو قال من مرافقها وقال في الفتاوى الصغرى اذا باع الارض بمرافقها لا يدخل الزرع الا رواية عن ابي يوسف في كتاب القسمة وذكر البقالي في جميع التفاريق قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف **قوله** لما قلنا اشارة الي قوله لانهما ليسا منهما **قوله** والتمر المجدود يجوز روايته بدالين مهملتين او معجمتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاولى من حيث اللفظ ليناسب بينه وبين المحصود **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال او قد بدا جاز البيع هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ووجب علي المشتري قطعها وقال في تحفة جبيرهم فان كان بعد بدو الصلاح صح بكل حال وموجب الاطلاق التبقية يعني الي القطاف وان كان قبله بطل الا بشرط القطع قال في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه واذا كان بحال لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا ان هذا غير سديد لان محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البايع حتى ادركت فالعشر علي المشتري فلو لم يكن الشرا جايزا حين طلع لما وجب عشره علي المشتري الي هنا لفظ رواية شرح الطحاوي وجه قول الشافعي ما روى البخاري مسندا الي بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبايع الا ان يشترط المبتاع وجه الاستدلال به ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثمر للبايع الا اذا شرط المبتاع الثمر لنفسه ويكون له باشتراطه اياها ويكون ذلك مبتاعا واذا ثبت الثمر للمشتري بالشرط صح ايراد العقد عليه ولان محل البيع مال وقد وجد فجاز البيع وذلك لان المال

مايكون

مايكون منتفعا به في الحال او كان علي عرض ان يصير منتفعا والثمر قبل بدو الصلاح بهذه المثوبة لانها ينتفع بها في ثاني الحال ولا يشترط الانتفاع في الحال الا ترى ان بيع ولد جارية مولود في الحال يجوز وكذا بيع جحش لا ينتفع به في الحال يجوز فكذا بيع ثمرة قبل بدو صلاحها لانه ينتفع بها في ثاني الحال ولهذا يجوز البيع بشرط القطع بالاتفاق فلو لم يكن محلا للبيع لم يجز بيعه اصلا والجواب عن الحديث فنقول ليس المراد منه ما تاوله الخصم لانه لو كان ظاهره ان لا يجوز البيع قبل بدو الصلاح وفرقا زقبله اذا شرط القطع فعلى ان ظاهره متروك فنقول المراد من البدو والظهور ومن الصلاح صلاحية الانتفاع به بان يخرج سليما والانتفاع حاصل في ثاني الحال فيصح البيع والمراد منه النهي عن بيع ثمرة لم تكن بعد كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السنين الا ترى الي ما حدث الطحاوي باسناده عن يونس عن سفين عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين قال يونس قال لنا سفين هو نهى عن بيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها وقيل ان النهي الذي كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها لم يكن علي تحريم ذلك ولكن علي المشورة يدل علي ذلك ما روى البخاري الي زيد بن ثابت رضي الله عنه قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع انه اصاب الثمر الدمان اصاب الثمر مراض اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومات في ذلك فاما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم قوله عاهات اي عاهات الدمان والمراض والقشام وهذا وقع تفسيرا لهذه الاشيا من زيد بن ثابت والدمان بفتح الدال فساده وعفنه والمراض بضم الميم على وزن الصداع والسعال اسم لانواع الامراض والقشام بضم القاف انتقاض الثمر قبل ان يصير بلحا والعاهة الافة ثم اعلم ان بيع الثمر بعد الظهور لما جاز وجب علي المشتري قطع ذلك للحال لان ملك البايع مشغول بملكه فيجب تفريغه كما لو اشترى طعاما في بيت وجب علي المشتري نقل الطعام عن البيت ثم جواز بيع الثمر فيما اذا اشتراها مطلقا عن قيد تركها علي النخل او اشتراها بشرط القطع اما اذا اشتراها بشرط الترك يكون البيع فاسدا بلا خلاف بين اصحابنا سوا بدا صلاحها او لم يبد ولكن محمدا قال اذا اشترى بشرط الترك بعد تناهي عظمتها جاز خلافا لهما واستحسن محمد لعادة الناس لان العادة جرت هكذا وقال الشافعي اذا بدا صلاحها جاز البيع بشرط الترك كذا في شرح الاقطع واعتاد الشافعي ايضا علي العادة كما قال محمد بعد تناهي عظمها وفرق محمد بين التناهي وعظمه وعدمه وقال اذا لم تتناه عظمها وشرط الترك يحدث في المبيع اجزاء زايدة بمعنى في الارض او الشجر فيفسد العقد لانه حينيذ يصير شارطا للجزء المعدوم وليس كذلك اذا تناهى عظمها لانه لا يحدث جزء زايد ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط والمراد منه شرط لا يقتضيه العقد وهذا كذلك فلا يجوز للنهي وهذا لانه يلزم منه شغل ملك الغير فلا يقتضيه العقد فصار كما اذا اشترى حنطة بشرط ان يتركها في دار البايع شهرا او يقول

اذا اشترى بشرط الترك يلزم صفقة في صفقة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن صفقة في صفقة فيفسد العقد للنهي وانما قلنا ذلك لان الثمن لا يخلوا من احد الامرين اما ان يكون بمقابلته بدل
او لا والاول اجارة في بيع والثاني اعارة في بيع فيلزم صفقتين في صفقة لا محالة ولان كل
ثمرة لا يجوز بيعها بشرط القطع لا يجوز بيعها بشرط الترك اصلها اذا لم يبد صلاحها ثم تفرع المسئلة
اعني مسئلة القدوري بان يقال لو اشتراها مطلقا وتركها فلا يخلوا اما ان يكون ذلك قبل تناهي
عظمها او بعد التناهي فان كان قبل التناهي ففيه وجهان اما ان يكون الترك باذن البايع
او بغير اذنه فان كان بالاذن حل له الفضل وان كان بغير اذنه لا يطيب له ذلك ويتصدق
به لانه حصل بجهة محظورة وهي غصب ملك الغير وان كان بعد التناهي لا يتصدق بشي
اصلا سواء كان الترك باذن البايع او بغير اذنه لانه لم يحصل الا زيادة في عين المبيع لا كيلا ولا وزنا
وانما تغير حال المبيع من حيث النضج وهو معنى قوله هذا تغير حالة لا تتحقق زيادة ولو اشتراها
مطلقا ثم تركها وقد استاجر الاشجار الى ان يدرك الثمر فالاجارة باطلة ويطيب له الفضل
اما بطلان الاجارة فلان جواز الاجارة عرف بالاستحسان لتعامل الناس ولا تعامل للناس
في استيجار الاشجار لترك الثمار عليها فلم تكن الاجارة منعقدة لا جايزة ولا فاسدة واما طيب
الفضل فلان الترك حصل باذن المشتري كذا في شرح الطحاوي وهذا بخلاف ما اذا اشترى
الزرع وتركه على الارض وقد استاجر الارض الى ان يدرك الزرع حيث لا يطيب له
الفضل ويجب اجر المثل وهذا لان اجارة الارض متعارف حتى اذا بين المدة صحت
فلما لم يبين المدة في مسئلتنا فسدت والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل وانما لم
يطب له الفضل لان جهالة مدة الادراك اورثت خبثا فوجب التصدق والفرق بين
الاذن الثابت في ضمن الاجارة الباطلة وبينه في ضمن الاجارة الفاسدة ان الاذن
في الاجارة الباطلة صار اصلا مقصودا بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح
ان يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد ثابت الوصف دون
الاصل فلم يكن معدوما باصله فصح ان يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة
فاذا فسد المتضمن ولو اشتراها مطلقا واخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة اخرى
فالحادث كله للبايع سواء كان الترك باذن البايع او بغير اذنه لان الحادث تولد
عن ملك البايع ولم يرد عليه العقد فان حللها البايع له جاز فان اختلط الحادث بالموجود
وقت العقد بحيث لا يمكن التمييز بينهما فان كان ذلك قبل تخلية البايع بين المشتري
وبين الثمار فسد البيع لان العقد صار مجهولا حيث يتعذر تسليمه كما لو تعذر بالهلاك وان كان بعد
التخلية لم يفسد العقد وكانا شريكين لاختلاط ملكيهما والقول في الزيادة قول المشتري لان المبيع
في يده كذا ذكر صاحب التحفة وصاحب الايضاح واما ما يوجد من الزرع بعضه بعد
وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها قال اصحابنا يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج
الاول ولا يجوز بيع ما لم يظهر لانه بيع معدوم وقال مالك اذا ظهر الخارج الاول جاز البيع في الكل
لاجل الضرورة الا انا نقول لا ضرورة فانه يمكنه بيع الاصل بما فيه من الثمر فيصير الاصل ملكا له
بعد ذلك ما تولد من الاصل يحدث على ملكه كذا في التحفة **قوله** والاول اصح اي جواز البيع
قوله او هو صفقة في صفقة دليل ثان وبيانه مر **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها اي عظم
الثمار اي يفسد البيع اذا اشتراها بشرط الترك اذا تناهى عظم الثمار ايضا عند ابي حنيفة

وابي يوسف

وابي يوسف لما قلنا اي لانه شرط لا يقتضيه العقد **قوله** المعادة اي لعرف الناس ولو اشتراها
مطلقا اي عن شرط الترك وتركها باذن البايع طاب له اي الفضل هذا اذا لم يتناها عظمها
بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعد ما تناها عظمها **قوله** فيتصدق بما زاد في ذاته اي يقوم
قبل الادراك وبعده ويتصدق بما زاد من القيمة الى وقت الادراك **قوله** لان هذا تغير حاله
لا تتحقق زيادة اي تغير حالة في الثمار بالنضج لا تتحقق زيادة في عينها لان كلامنا في تركها بعد
التناهي **قوله** لعدم التعارف اي ليس التعارف بجاري في استيجار الاشجار **قوله** والحاجة باجاري
لعدم الحاجة يعني لعدم الضرورة الى استيجار الاشجار لترك الثمار لانه يمكن اشترا الثمار مع الاصول
قوله والمخلص اي من فساد البيع وقد مر بيانه انتهى **قوله** قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى
منها ارطالا معلومة اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح الاقطع وقال مالك يجوز
ثم قال في بيان دليل لانه اذا استثنى قدرا معلوما كان الباقي مجهولا وجهالة المعقود عليه
يفسد العقد ولا يشبه هذا اذا استثنى نخلة بعينها لان الباقي معلوم بالمشاهدة فصح الى
هنا لفظ رواية شرح الاقطع واثبت رواية القدوري كما هي في حقيقتها ولم يتعرض لكونها
على خلاف ظاهر الرواية وكذلك ذكر صاحب النافع رواية القدوري بعينها ولم يذكر شيئا
اخر والطحاوي اطلق ذكر المسئلة في مختصره ولم ينسبها الى نفسه حيث قال في باب بيع
اصول النخل والشجر والثمار ولا يجوز بيع الثمرة الا صاعا منها ولكن قال صاحب الهداية
وهذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي ثم قال اما على ظاهر الرواية ينبغي ان لا يجوز لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة
جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه
والتقريب بان يقال يصح العقد على ارطال معلومة فكذا يصح استثناؤها وانما قال اما على
ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز اي على قياس ظاهر الرواية لان حكم هذه المسئلة لم يذكر في
ظاهر الرواية صريحا فلاجل هذا قال ينبغي ان يجوز قياسا على الاصل الذي ذكر في ظاهر
الرواية وهو ان بيع قفيز من حنطة جائز فكذا استثناؤه وبيع الحمل لا يجوز فكذا لا يجوز
استثناؤه وقال في الايضاح لو باع الجملة واستثنى شيئا فاستثناء ما جاز افراده بالعقد
جائز كما لو استثنى جزءا مشاعا وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد كبعض الشاة
وبما اشبه ذلك لان الاستثناء اخراج من الكلام في حق الحكم فجاز في محل يمكن اثبات الحكم
فيه مقصودا الى هنا لفظ صاحب الايضاح فاقول لقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد
على الارطال المعلومة جائز واستثناؤه جائز ايضا لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول
من صحة الاستثناء فان قلت الجهالة انما تكون مفسدة للبيع اذا كانت مفضية الى
النزاع والعاقدان تراضيا على القدر الباقي فلا نزاع قلت كان صاحب النافع توهم
هذا السؤال فقال فلعل المبيع هذه الارطال فاذا كان كذلك يخلوا العقد عن الفايدة
فلا يصح او نقول الجهالة المفضية الى النزاع باقية بعد اتفاقهما على قدر الارطال فاذا كان
كذلك يخلوا العقد عن الفايدة فلا يصح او نقول الجهالة المفضية الباقية لانه يجوز
ان يدعي المشتري جودتها والبايع رداءتها فافهم وانما قال القدوري عدة بلفظ الوحدة لاشارة
الى نوع من انواع الثمر كالعنب او الرطب مثلا ولم يرد بها الثمرة الواحدة فلو كانت هي
المرادة لم يصح استثناء الارطال منها هذا ما بدا في خاطري في هذا المقام **قوله** ويجوز بيع

الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الباقلا في القشر الاول وكذلك لا يجوز عنده بيع الجوز واللوز والفستق في
القشر الاعلى وقال في احد قوليه بيع الحنطة في سنبلها لا يجوز وكذلك الارز
والسمسم في كمه ويجوز بيع الشعير والذرة في سنبله بالاتفاق له ان المقصود وهو
المبيع مستور بما لا منفعة له فيه فلا يجوز بيعه كما في تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
والجامع استتاره بما لا منفعة فيه ولنا ما روى ابو داود في السنن باسناده الى
نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل
حتى تزهو وعن السنبل حتى تبيض ويامن العاهة نهى البايع والمشتري بيانه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز البيع بعد ابيضاض السنبل لان حكم ما بعد
الغاية خلاف ما قبلها فكان الخصم محجوجا بالحديث ولانه مال معلوم متقوم مقدور التسليم
يجوز بيعه كالشعير في سنبله ولا نسلم انه مستور بما لا منفعة فيه الا ترى ان الباقلا
لا تبقى رطوبته الا بالقشر الاعلى فاذا زال ذلك القشر يفسد وكذلك الجوز الاخضر
اذا ازال القشر يفسد بطول الزمان فكان اذن في القشر منفعة فتبين ضعف
ما قال واما تراب الصاغة فانما لم يجز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا لاستتاره بما لا
منفعة حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز لعدم ذلك الاحتمال وكذلك نقول في موضع
النزاع اذا بيع بالجنس لا يجوز حتى اذا باع الحنطة في السنبل بالحنطة لم يجز لاحتمال
الربوا قال محمد في الاصل ولو كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جايز وكل واحد منهما
بالخيار اذا راى ما فيه ثم اعلم ان تراب بيع الصاغة بخلاف الجنس انما يجوز اذا وجد
فيه الذهب والفضة واذا لم يوجد فلا الا ترى الى ما ذكر في الفتاوى الولوالجي
بقوله اشترى بتراب الصواغين بعرض فهو على وجهين ان وجد فيها ذهبا
وفضة جاز البيع لانه تبين انه اشترى الذهب والفضة بالعروض وان لم يجد فيها
ذهبا او فضة لا يجوز لانه تبين انه اشترى الذهب والفضة وليس ثمة ذهب
ولا فضة قال ابو عبيد في غريب الحديث قال ابو زيد والكسائي زها يزهو
وازها يزهي يعني اي احمر الثمر واصفر ثم قال ابو عبيد وانكر الاصمعي ازهى ونقل
الزمخشري في فايقه عن كتاب العين يزهو خطا انما هو يزهي قوله ومن باع
دارا دخل مفاتيح اغلاقها هذا لفظ القدوري وهذا لان الغلق يدخل في بيع الدار والحانوت
لانه مركب فيه للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق لانه لا ينتفع به بلا مفتاح فلا جرم يدخل
المفتاح في بيع الدار وقال في الفتاوى الصغرى في المفتاح القياس ان لا يدخل وفي الاستحسا
يدخل ونقله عن باب الشفعة في الارضين والابنية من نسخة خواهر زاده ثم قال
والسلم ان كان غير متصل لا يدخل وقال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه اذا باع بيتا
وعليه قفل لا يدخل القفل في البيع لان القفل لم يلحق بالباب ليدخل تحت البيع بخلاف
المفتاح ولو باع حماما لا يدخل القصاع في البيع سواء باع بمرافقه او لا بمرافقه لانه متبين
عن الحمام وفي كونها من مرافق الحمام احتمال ونقل في خلاصة الفتاوى وقال في الفتاوى
رجل باع حانوتا دخل الواح الحانوت في العقد سواء باع الحانوت بمرافقها او لا وهو المختار
ثم قال هكذا رايت في باب النون ثم قال في باب العين الالواح والاغلاق للبايع

بخلاف

بخلاف المفتاح ثم قال في الخلاصة اذا باع دارا وفيها بير وعليها بكرة وعلى البكرة دلو وحبل
ان باع بمرافقها يدخلان في البيع وان لم يذكر المرافق لا يدخلان يعني الدلو والحبل اما البكرة
فتدخل في الوجهين ثم قال فيها وكير الحداد يدخل في البيع وكير الصايغ لا وزق الحداد
الذي ينفخ فيه للبايع وجذع القصار الذي يدق عليه لا يدخلان في البيع وان ذكر بمرافقه
وكتبنا هذه المسايل تكثيرا للفايدة والاغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يغلق ويفتح
بالمفتاح قوله لانه بمنزلة بعض منه اي لان المفتاح بمنزلة عضو من الغلق قوله
اذ لا ينتفع به بدونه اي بالغلق بدون المفتاح فان قلت يرد على هذا التعليل حيث لا
يدخل في بيع الدار مع ان الدار لا ينتفع الا بها قلت انما لا يدخل الطريق لان المقصود من
شرا الدار ربما يكون نفس الملك لا الانتفاع بها لان يكون مراد المشتري من شرايها اخذ ما يجنبها
بسبيل الشفعة حتى اذا كان المقصود الانتفاع يدخل الطريق ايضا كما في الاجارة والقسمة
والصدقة الموقوفة قوله واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه واجرة وزان الثمن على المشتري وانما يلزم اجرة الكيل على البايع لان ايفا المبيع لازم
عليه والايفا لا يتحقق الا بالكيل اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزان المبيع اذا بيع بشرط الوزن على
البايع وكذا اجرة العداد اذا بيع بشرط العد والذرع لان تحقق الايفا بذلك واما اجرة ناقد الثمن
فالمذكور في المختصر رواية ابن رستم عن محمد وجه ذلك ان النقد يكون بعد الوزن
والتسليم فالذي يحتاج الى النقد بعد التسليم هو البايع لانه يحتاج الى تمييز حقه من الجيد عن
غير حقه من الردي كي يأخذ الجيد لا الردي والبايع يحتاج الى النقد لانه يرده اذا
وجده معيبا وفي رواية ابن سماعة عن محمد اجرة النقاد على المشتري لانه هو المحتاج الى
تسليم الجيد لان حق البايع في القدر والجودة جميعا وايفا القدر والجودة على المشتري
فكما ان الوزن لايفا القدر فكذلك النقد لايفا الجودة فتجب اجرة النقاد على المشتري
كما تجب اجرة الوزان عليه لان الايفا عليه وقال الفقيه ابو الليث في العيون اجرة وزان
الثمن والناقد على المشتري لان عليه ان يوفيه الوزن وقال في الفتاوى الصغرى اختلف
المشايخ في اجرة الناقد قال بعضهم على البايع وقال بعضهم على المشتري ثم قال وبه افتى في
اخر بيوع شرح الطحاوي ثم قال وذكر القدوري انها على المشتري الا اذا قبض المشتري الثمن
ثم جاء يرده بعيب الزيافة ثم قال واختار في الواقعات انها على المشتري وقال في خلاصة
الفتاوى والصحيح انها على المشتري وقال في الخلاصة ايضا وفي باب العين ولو اشترى
حنطة مكايلة فالكيل على البايع وصبها في وعا المشتري على البايع ايضا هو المختار ثم قال
فيها وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ثم قال في الخلاصة ايضا ولو
اشترى حنطة في سنبلها فعلى البايع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشتري
ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على
المشتري وكذا كل شي باعه جزافا كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشتري
وكذا قطع الثمر على المشتري قوله ليميز اي الناقد ما تعلق الضمير في به راجع الى ما
وما عبارة عن الجيد متلاحقه اي حق البايع من غيره اي من غير حقه وغير حقه هو الردي
قوله او يعرف المعيب كالزيف والستوقة قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري
ادفع الثمن اولا هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان للبايع حق حبس المبيع الى ان

يستوفي الثمن ان كان الثمن حالا ولا يسلمه الا اذا سلم المشتري الثمن لان قضية العقد المساواة
بين العاقدين وحق المشتري متعين في المبيع فينبغي ان يتعين حق البايع في الثمن ايضا ولا
يتعين الثمن الا بالقبض لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا
في حق الاستحقاق وان عينت وانما يتعينان في حق الجنس والقدر والصفة بخلاف
ما اذا كان الثمن موجلا اذ ليس للبايع حق حبس المبيع لانه بالتاجيل اسقط حقه في الحبس
وكذا اذا كان بعض الثمن حالا وبعضه موجلا فله حق حبس المبيع الى استيفا الحال ولو سلم
المشتري جميع الثمن الحال الا درهما فله حبس جميع المبيع لان حق الحبس لا يتجزي قال في
التحفة ولو دفع المشتري الى البايع بالثمن رهنا او تكفل به كفيلا لا يسقط حق الحبس لان
هذا وثيقة بالثمن فلا يبطل حقه عن حبس المبيع لاستيفا الثمن ولو احال البايع رجلا على المشتري
بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البايع على رجل وهذا عند ابي يوسف
وعند محمد فيه روايتان في رواية كما قال ابو يوسف وقال في رواية اذا احال البايع
رجلا على المشتري سقط حق الحبس واذا احال المشتري البايع على رجل لم يسقط حق
الحبس وهي مسيلة كتاب الحوالة وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن اولا على المشتري
فيما اذا كان المبيع حاضرا اما اذا كان غايبا فلا نص عليه الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
وقال فان كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع من التسليم حتى يحضر
المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه اذا دفع الثمن الى هنا لفظه رحمه الله
وذلك لان المشتري انما امر بالدفع اولا ليتعين حق البايع في الثمن فلو كلف المشتري
بالدفع مع ان المبيع غايب يتقدم حق البايع في القبض ويتاخر حق المشتري فيه فلا
يجوز ذلك لارتفاع المساواة ثم المبيع في زمان الحبس في ضمان البايع الى ان يسلمه
الى المشتري حتى اذا هلك في يد البايع انتقض البيع ويعود الثمن الى المشتري وقال
الكرخي في مختصره وتسليم العين ان يقول من عليه تسليم ذلك للمشتري قد سلمته
اليك حيث يمكن المشتري قبضه من غير مانع وتسليم الدين ان يحضره الذي عليه
محوزا مفروزا من غيره ثم يقول كما قال الاخر فاذا فعل ذلك فقد خرج من ضمان المسلم
وصار في ضمان المسلم اليه قبل ذلك المسلم اليه او لم يقبل اذا لم يكن هنالك مانع منه
كان هلاكه هلاكا من مال المسلم اليه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وذلك
لان العاقدين استويا في ثبوت الحق ولا مزية لاحدهما على الاخر فلا حاجة لتقديم
احدهما على الاخر في الدفع فيومران بالدفع معا لان في الصورة الاولى حق كل واحد
منهما متعين قبل القبض وفي الثانية لا **قوله** قيل لهما اي للبايع والمشتري انتهى
والله اعلم بالصواب

باب خيار الشرط

لما فرغ عن بيان البيع
الذي فيه لزوم وهو ما لا خيار فيه شرع في بيان البيع الذي ليس فيه لزوم وهو ما فيه خيار
او نقول البيع المطلق عن الخيار اذا صدر من الاهل مضافا الى المحل علة اسما ومعنى وحكما
لاثبات الملك وهي العلة الحقيقية لان الحكم وهو الملك يثبت بلا تراخي عنه فكان
علة حكما والبيع بشرط الخيار علة اسما ومعنى لما قلنا وليس بعلة حكما لتراخي الحكم
عنه وهي علة مجازا والاصل في الكلام الحقيقة فقدم البيع الذي ليس فيه خيار على

ما فيه خيار لهما ثم الخيار في البيع اربعة انواع خيار الشرط وخيار الروية وخيار العيب وخيار
التعيين كما اذا اشترى احد الثوبين وهو بالخيار على ان يا خذ ايهما شا وسيجي ذلك في هذا
الباب ان شا الله ثم خيار الشرط من قبيل اضافة الحكم الى السبب وكذلك في اخواته ثم شرط
الخيار داخل في الحكم دون السبب تقليلا لمعنى الخطر لانه لو كان داخلا في السبب لكان
داخلا في الحكم ايضا فادخلناه في الحكم لما قلنا وكان القياس ان لا يدخل في الحكم ايضا لان التعليق
بالشرط في التمليكات يفضي الى معنى القمار بخلاف الاسقاطات حيث يكون الشرط داخلا
على السبب لانه ليس فيه معنى القمار الا انا ادخلناه في الحكم بحديث حبان استحسانا
قوله خيار الشرط جايز في البيع للبايع والمشتري ولهما ثلثة ايام فما دونها هذا لفظ القدوري
في مختصره وقوله ثلثة ايام يروى بالنصب على انه ظرف اي في ثلثة ايام وبالرفع
على انه خبر بعد خبر او خبر مبتدا محذوف اي هو ثلثة ايام وفي بعض النسخ ولهما الخيار
ثلثة ايام وذلك تفصيل بعد اجمال لانه ذكر جواز خيار الشرط اولا بلا بيان المدة ثم بين
المدة كما هو عادة القدوري في اوايل الابواب وعلى قول سفين وابن شبرمة ان
كان الخيار للمشتري جاز والا فلا كذا في التحفة ثم الاصل في جواز شرط الخيار ما روي في
الموطا والصحيح وغيرهما مسندا الى عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما ان رجلا ذكر للنبي
صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة
كذا في الجمهرة ثم اعلم ان خيار الشرط كما يجوز للعاقدين يجوز لغيرهما ايضا وسيجي ذلك
في هذا الباب ان شا الله تعالى عند قوله ومن اشترى وشرط الخيار لغيره ثم اعلم
ان شرط الخيار الى ثلثة ايام جايز استحسانا بالاجماع وبهذا الحديث ولا يجوز اكثر
من ذلك عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي ويفسد البيع باشتراط الاكثر
وعندهما يجوز اكثر من ذلك شهرا كان او سنة او اكثر اذا كانت المدة معلومة ولو
شرط الخيار ابدا لا يجوز بالاجماع كذا في المختلف وجه قول ابي يوسف ومحمد
ان شرط الخيار شرع دفعا للغبن بالنظر والتروي والناس متفاوتون في ذلك
وقد تمس الحاجة الى اكثر من ذلك فلا يتقدر بمدة كالتاجيل في الثمن والجامع انها مدة
ملحقة بالعقد لمساس الحاجة اليها وقد روى اصحابنا في شرح الجامع الصغير ان
ابن عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين كذا ذكر فخر الاسلام وقال العتابي
ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع بشرط الخيار شهرا وقال في المختلف روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهرا وجه قول ابي
حنيفة رضي الله عنه ما روى مسلم في صحيحه باسناده الى الاعرج عن ابي هريرة
رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر والبيع
بشرط الخيار فيه غرر لانه لا يدري ما الذي يحصل به المبيع او الثمن فاقتضى عمومه
بطلان الخيار في قليل المدة وكثيرها ولكن لما روى محمد بن الحسن في الاصل ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم جعل رجلا من الانصار بالخيار في كل بيع يشتريه ثلثة ايام فما
دونها واتفقت الامة على جوازه خصصناه من عموم الخبر وبقي ما عدا الثلث محمولا على
لفظ الخبر او نقول ان شرط الخيار في البيع ثبت بخلاف القياس وما ثبت بخلاف
القياس يقتصر على مورد النص ومورده ثلثة ايام فلا يزاد عليها وانما قلنا انه مخالف

للقياس لان قضية العقد اللزوم وثبوت الحكم والخيار يابى ذلك وانما جوز بالنص استحسانا
والثلثة مدة تامة في ابلاء العذر كما قال تعالى تمتعوا في داركم ثلثة ايام وكما قال تعالى
في قصة العبد الصالح مع موسى عليهما السلام ان سالتك عن شي بعدها اي بعد مدة
الثلث فلما كانت المدة تامة كان في اشتراط الخيار اكثر من ذلك ازدياد الخطر
مع قلة الحاجة الى النظر فيه فلم يكن في معنى ما ورد به النص فلم يجز تعدية حكم النص
اليه ثم من له الخيار اذا ابطل خياره فلا يخلوا اما ان يكون ذلك قبل ثلثة ايام
او بعدها فان كان بعدها فلا ينقلب العقد جايزا خلافا لابي يوسف ومحمد فان
عندهما اذا شرط الخيار موبدا ثم اسقط الخيار بعد الثلث جاز لان الخيار الى هذه
المدة جايز عندهما ولا ينقلب جايزا عند ابي حنيفة لان الخيار الى هذه المدة لا يجوز
عنده وان كان ابطال الخيار قبل الثلثة او سقط الخيار بموته او بموت العبد او اعتقه
المشتري او حدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان جايزا عندنا وقال في الايضاح
قال زفر والشافعي رحمهما الله العقد فاسد وجه قولهما ان العقد وقع فاسدا فلا
ينقلب جايزا كبيع درهم بدرهمين وكما اذا باع وشرط الخيار ثم اسقط وذلك لان المفسد
شرط الخيار اكثر من اربعة ايام او ابدا وقد وجد ذلك في العقد فيفسد فلا ينقلب
جايزا كما لو دخل اليوم الرابع ولنا انه اسقط المفسد قبل تقرره فعاد العقد جايزا فجعل
الخيار كان لم يكن كما لو باع ثوبا برقمه فيفسد العقد ثم علمه المشتري في المجلس
وقبله عاد العقد جايزا وكما لو باع جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه بخلاف ما اذا مضى
شي من اليوم الرابع ثم اسقط الخيار لا يعود العقد جايزا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
كما لا يعود عند زفر والشافعي لان المفسد قد تقرر ولان فساد العقد باعتبار اتصال
اليوم الرابع فاذا حذف الشرط قبله جعل كان الخيار لم يكن مشروطا الى ذلك الوقت
فاعتبر العقد صحيحا قال صاحب الايضاح وعلى هذا الخلاف اذا باع بشرط الاجل الى
الحصاد والدياس او الى النيروز او الى المهرجان ثم حذف الاجل قبل ذلك الوقت
يعني يصح العقد عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا يمتنع ان يكون العقد فاسدا ثم يلحقه
الصحة كما اذا رهن عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا والجواب عن قياسهما على بيع
درهم بدرهمين ونحوه فنقول الفساد في المقيس عليه في نفس المعقود عليه
فلم يلحقه الصحة وفي المقيس اجنبي عن المعقود عليه فلحقه الصحة فافترقا
فان قالا الفساد في المقيس ايضا في المعقود عليه بدليل ان الثمن يزداد بزيادة الاجل
وينقص بنقصان الاجل فكان الاجل معقودا عليه قلنا لو كان الاجل معقودا عليه لم يصح
العقد بدون ذكره لان العقد لا يكون بدون المعقود عليه ويصح بدون ذكره فعلم انه
ليس بمعقود عليه ولان الاجل ليس بعوض ولا بمعوض فلم يكن معقودا عليه ثم
اختلف مشايخنا في حكم البيع مشروطا فيه الخيار اكثر من ثلثة ايام هل ينعقد
فاسدا او موقوفا الى الاجازة في المدة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فقد نص
الكرخي في مختصره ان البيع فاسد عند ابي حنيفة فان اجاز من له الخيار في الثلث
جاز وعلى ذلك اهل العراق وقال مشايخ بلخ وخراسان العقد موقوف الى الاجازة
في المدة فاذا مضى جزء من اليوم الرابع حينئذ يفسد العقد واليه ذهب شمس الايمة

السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وغيرهما من علماء ما وراء النهر **قوله** روي ان حبان بن منقذ
هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد احدا ومن ولده يحيى وواسع ابنا
حبان بن منقذ بن عمرو وامهما هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن
هاشم بن عبد مناف كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم **قوله** كان يغبن اي يخدع
يقال غبنه في البيع غبنا وهو من باب ضرب وغبن رايه غبنا اي ضعف
وهو من باب علم ويقال هو مغبون في البيع وغبين في العقل والدين **قوله** الى المتروى
اي الى النظر والتفكر **قوله** كالتاجيل في الثمن يعني يجوز ذكره الى ثلثة ايام والى
اكثر منها فكذا شرط الخيار وجواب ابي حنيفة عن هذا ان ذكر الاجل في الثمن لتحصل
القدرة على الاداء بالكسب او بدخل غلاته وهي لا تتحقق غالبا وظاهرا في ادنى
مدة ولهذا جاز الزيادة على الثلثة بخلاف شرط الخيار فانه لابلاء العذر والنظر في
ان البيع رابح او خاسر ومدة الثلثة تامة في هذا المعنى فلا حاجة الى الزيادة **قوله**
وهو اللزوم الضمير راجع الى مقتضى العقد **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه
اي يقتصر شرط الخيار لكونه بخلاف القياس على المدة المذكورة وهي ثلثة ايام
واراد بالنص حديث حبان **قوله** كما اذا باع بالرقم والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب
من هذا وهو اعلام ثمنه بنوع علامة عليه بان ثمنه كذا درهما **قوله** وعلى هذا الوجه
الاول اي هذا الذي نقل من قول بعض المشايخ ان العقد ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد
بحذف الشرط على المضاربة اعتبار الوجه الاول من التعليل وهو انه اسقط
المفسد قبل تقرره وكان القياس ان يقول والوجه الاول على هذا اي الوجه الاول
من التعليل بنا على هذا القول وما قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع
فالوجه الثاني من التعليل وهو قوله وهو الفساد باعتبار اليوم الرابع بنا عليه
قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة
جاز في قولهم جميعا وهذه من مسايل الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية قول
ابي يوسف مع ابي حنيفة كما ترى وكذلك ذكر الصدر الشهيد ايضا في شرح الجامع
الصغير ولم يذكر محمد رحمه الله خلاف ابي يوسف في اصل الجامع الصغير وهذا الذي
ذكره قول ابي يوسف الاول وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف
انه رجع عن هذا القول وقال لا يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه ابو الليث في
شرح الجامع الصغير ولهذا قال صاحب المنظومة واضطرب الاوسط فيه
فاعقل ثم اعلم انه اذا اشترى جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بينهما فالبيع جايز والشرط جايز عند علمائنا وقال في شرح الطحاوي وقال زفر
لا يجوز وذكر في الايضاح قول الشافعي كقول زفر رحمه الله وهو القياس لان البيع بشرط
الاقالة الصحيحة باطل كما اذا قال بعتك هذا العبد على ان تقيل البيع يبطل البيع فتعلقه
بمجرد الاقالة للتنافي بين موجبي البيع والاقالة اثباتا وفسخا وبشرط الاقالة الفاسدة
اولى ان يبطل البيع وهي الاقالة المعلقة بشرط عدم النقد لما قلنا ان الاقالة
فاسدة لانها لا تحتمل التعليق والخطر لان فيها معنى التمليك ولهذا جعل بيعا
جديدا في حق غير المتعاقدين ووجه قول علمائنا رحمهم الله وهو الاستحسان

ما نقل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن
ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصا قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر رضي الله عنهما هذا البيع ولم يرو
من احد من نظرايه خلافه ولان شرط الخيار جايز الى ثلثة ايام بالحديث المشهور وهو
حديث حبان بن منقذ وهذا في معنى الخيار فيلحق بالخيار لان معنى الخيار ان شا اجاز البيع
ونقد الثمن وان شا نقض البيع ولم ينقد الثمن وفيما نحن فيه بمعنى الخيار
تلخيصه ان الخيار شرع للحاجة الى التروي في ان البيع يوافق له ام لا ومثل تلك الحاجة
هنا موجودة لانه [يحتاج] الى التروي في ان الثمن هل يصير منقودا ام لا الا انهما يحتاج
متغايران من حيث الصورة فان في شرط الخيار يتم البيع بمضي المدة اذا سكت
من له الخيار وهنا ينفسخ البيع اذا مضت المدة مع سكوت من له الخيار لان
سكوته دليلا على اختيار فسخ البيع ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلثة مذكور
في شرح الطحاوي وبه صرح صاحب الايضاح ايضا واليه ذهب صاحب
المختلف وقال في الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلثة ولم ينقد الثمن فسد
البيع الان اما لا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري بعد ذلك ان كان العبد في يده
نفذ وان كان في يد البايع لا وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع بهذا
الشرط للبايع كما اذا اشترى شيئا على ان البيع ان رد الثمن على المشتري الى
ثلثة ايام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعني ان البيع جايز بهذا الشرط عندنا
خلافا لزفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبايع وفايدته ما ذكره في الفتاوى الصغرى
بقوله ان اعتق البايع صح وان اعتق المشتري لا ولو انه قال ان لم ينقده الثمن
الى اربعة ايام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد في قول ابي حنيفة الا ان ينقده الثمن
في ثلثة ايام وفي قول محمد البيع جايز كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وقول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة وقوله اخرا كقول محمد رحمه الله
وتقدم ذكره ثم ابو حنيفة رضي الله عنه مر على اصله في شرط الخيار حيث لا يجوز
عنده اكثر من ثلثة ايام فكذا ما هو في معناه الا اذا نقد الثمن في الثلاث فكان البيع جايزا لانقطاع المفسد
ومحمد مر على اصله ايضا لان عنده يجوز شرط الخيار اكثر من ثلثة ايام اذا كانت المدة معلومة
فكذا ما كان في معناه وكذا ابو يوسف مر على اصله ايضا على قوله المرجوع اليه ولكنه فرق هو
بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الاول حيث جوز الزيادة على الثلثة في شرط الخيار
ولم يجوز هنا لانه اتبع اثر ابن عمر في شرط الخيار اذ هو اجاز فيه الزيادة على الثلثة وروي
عن ابن عمر رضي الله عنه في هذه المسئلة انه اجاز ثلثة ايام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا
كان كذلك لم يتجاوز ابو يوسف حد السنة والاثر واخذ بهما وفيما زاد على ذلك اخذ
بالقياس لان القياس ان لا يصح هذا البيع اصلا كما قال ابو يوسف لانه بيع شرط فيه
اقالة فاسدة وهي اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فبشرط
الاقالة الفاسدة اولى **قوله** والاصل فيه اي في الشرا بانه بشرط انه لم ينقد الثمن
فلا بيع بينهما ان هذا اي الشرا بهذا الشرط في معنى اشتراط الخيار لان معنى الخيار
نقد الثمن على تقدير اجازة البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع فكذا هنا ان شا

نقد الثمن

نقد الثمن فتم البيع وان شا لم ينقد فانفسخ البيع ثم الخيار مشروع للحاجة الى التروي والحاجة
اليه موجودة هنا ايضا لانه يحتاج الى الفسخ اذا لم يكن الثمن منقودا فيكون مشروعا
ثم لما كان هذا البيع مشروعا كان ملحقا بالخيار فجاز الى الثلثة كالخيار عند ابي حنيفة والى اكثر من
ذلك اذا كانت المدة معلومة كالخيار عند محمد وكذا عند ابي يوسف على قوله الاخر وفرق
على قوله الاول وقد بينا ذلك **قوله** تحرزا عن المماطلة في الفسخ اي عن المدافعة فيه
تعليل لقوله الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد وكانه ذكر هذا جوابا لسوال
يرد عليه بان يقال لا نسلم ان الحاجة ماسة الى الانفساخ لان الحاجة تندفع بالشرا بشرط
الخيار لانه اذا اشترى بالخيار ان شا اجاز وان شا فسخ ولا حاجة الى تصحيح هذا العقد
بلا حاجة فقال في جوابه هذا يعني ان الفسخ يكون في الشرا بشرط الخيار ولكن ليس لمن له
الخيار ان يفسخ بغير حضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد فتحصل المماطلة حينيذ في الفسخ
بخلاف ما اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما لانه اذا مضت
المدة ولم ينقد الثمن ينفسخ البيع بلا مماطلة **قوله** في الملحق به اي في شرط الخيار **قوله**
اخذنا في الاصل بالاثر اي اخذ ابو يوسف في شرط الخيار حيث جوز الزيادة على الثلثة
باثر ابن عمر رضي الله عنهما لانه جوز ذلك وفي هذا بالقياس اي وفيما اذا اشترى
على انه ان لم ينقده الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اخذ بالقياس ولم يجوز الزيادة
على الثلاثة وبيان القياس مر انفا **قوله** لتعلقهما بالشرط اي لتعلق الاقالة
وهذا بيان فساد الاقالة وقد حققناه قبل هذا **قوله** وجه الاستحسان ما بينا
يعني ان هذا البيع لا يجوز الى ثلثة ايام ايضا قياسا كما قال زفر لكنا جوزناه استحسانا
ووجهه ما بينا وهو ان الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد **قوله** وخيار البايع
يمنع خروج المبيع عن ملكه هذا لفظ القدوري في مختصره وجملة القول فيه ما قال
صاحب المختلف اذا كان الخيار للبايع والمشتري جميعا لم تخرج المبيع عن ملكه
ولا الثمن عن ملك المشتري بالاجماع ولو كان للبايع لم يزل المبيع عن ملكه ولم يدخل
في ملك المشتري بالاجماع والثمن يزول عن ملك المشتري بالاجماع لكن لا يدخل
في ملك البايع عند ابي حنيفة وعندهما يدخل ولو كان الخيار للمشتري لم يزل
الثمن عن ملكه ولم يدخل في ملك البايع بالاجماع وخرج المبيع عن ملك البايع ولم
يدخل في ملك المشتري عنده خلافا لهما واراد بالاجماع اجماع علمانا اذ فيه خلاف
الشافعي الا ترى ان صاحب الايضاح وغيره قالوا في احد اقوال الشافعي رحمه الله
يثبت الملك للمشتري اذا كان الخيار للبايع كما في خيار الروية على اصلنا لان الثابت
حق الفسخ وليس من ضرورة حق الفسخ امتناع الملك ولنا ان خيار البايع يمنع تصرف المشتري
في المبيع ولا يمنع تصرف البايع مع وجود القبض الماذون فيه للمشتري فدل على انه
لم يزل عن ملك البايع الا ترى ان اعتاق البايع ينفذ فيه ابتدا وكل رقبة ينفذ فيها
اعتاق الانسان ابتدا لم يكن ملكا لغيره كما في ساير عبيده وليس خيار الشرط كخيار العيب
والروية لان خيار العيب والروية لا يمنع تصرف المشتري فلم يمنع انتقال الملك اليه
وخيار الشرط للبايع مانع تصرف المشتري فمنع انتقال الملك اليه ثم لو هلك
المبيع فيما اذا كان الخيار للبايع لا يخلو اما ان هلك قبل التسليم الى المشتري او بعده

فان هلك قبل التسليم انفسخ البيع لان بهلاك المعقود عليه ينتقض البيع في البيع البات
ففي الذي فيه الخيار اولى وان هلك بعد التسليم في مدة الخيار بطل البيع وتلزمه
القيمة اما بطلان البيع فلان المعقود عليه صار الى حال لا يجوز ابتداء العقد عليه في
تلك الحال فلا يلحقه الاجازة واما لزوم القيمة فهو مذهبنا وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى لا شيء على المشتري لانه قبض ملك البايع
باذنه فصار امانة في يده ولنا ان المشتري لما قبضه على وجه البيع ولم يملكه
صار بمنزلة اخذه على سوم البيع ومن اخذ شيئا على سوم البيع يكون مضمونا بالقيمة فهذا
اولى لان ثمه لم يوجد البيع اصلا فهنا وجد ولكن لم يملكه المشتري لخيار البايع
ثم لزوم القيمة على المشتري فيما لم يكن المبيع مثليا اما اذا كان مثليا فيلزمه المثل
كذا في شرح الاقطع وغيره وهذا اذا هلك في مدة الخيار اما اذا هلك بعدها يلزمه
الثمن لا القيمة وبه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لان العقد قد لزم وانبرم
قوله فيبقى مقبوضا في يده على سوم الشرا وفيه القيمة قال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون عن ابي يوسف في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت
اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة
كان ضامنا للقيمة ثم قال ابو الليث اذا اخذ شيئا على سوم الشرا ان سمى الثمن
يكون مضمونا عنده وان لم يسم الثمن يكون امانة في يده قال والفتوى على قوله وعليه
الفتاوى قوله اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق عن الخيار فان
البيع ينفسخ بهلاك المبيع ثمه فكذا هنا وانما قيد بالصحيح وان كان حكم الفاسد كذلك
لما ان الاصل المعتبر الذي يقاس عليه غيره هو الصحيح لا الفاسد قوله وخيار
المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان الخيار مانع للحكم في جانب من له الخيار لا في جانب من ليس له الخيار وههنا
الخيار للمشتري لا للبايع فكان مانعا لخروج الثمن لا لخروج المبيع لان الخيار شرع
نظرا لمن له الخيار لا لصاحبه قال القدوري رحمه الله الا ان المشتري لا يملكه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكه وقال في وجيزهم ان كان الخيار للبايع
وحده فالمبيع باق على ملكه على الاصح وان كان للمشتري وحده فالملك منتقل
اليه وان كان لهما فثلاثة اقوال احدها انه موقوف لهما ان الخيار شرع بسبيل
النظر لمن شرط له الخيار والنظر له في معنى الخيار زوال ملكه عنه لا في منعه
دخول شيء في ملكه ولان الملك يزول عن البايع بالاتفاق فاذا لم ينتقل الى المشتري
كان زايلا لا الى مالك فلا يجوز لانه لا نظير له في الشرع ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الثمن لم يزل عن ملك المشتري حكما لخياره فلو دخل المبيع في ملكه يلزم ان يجتمع
العوض والمعوض في ملك احد المتعاقدين فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات
فلا يجوز ذلك لانه لم يوجد له اصل في الشرع ولان الخيار شرع دفعا للغبن وربما
لا يمكنه دفع الغبن اذا قلنا بدخول المبيع في ملك المشتري لانه اذا كان قريبه
يعتق عليه فان قلت لا نسلم ان اجتماع العوض والمعوض في ملك رجل واحد
لا يجوز الا ترى ان غاصب المدبر يضمن قيمته لصاحبه اذا ابق ولا يخرج المدبر

من ملكه

من ملك صاحبه قلت لا نسلم انه لا يخرج من ملك صاحبه بل يخرج شرطا لوجوب الضمان
ولكنه لا يدخل في ملك الغاصب صيانة لحق المدبر ونقول ضمان المدبر مقابل بفوات
اليد دون الرقبة فبطل السوال وتعرف ذلك في اصول فخر الاسلام البزدوي في
اخر باب النهي ونقول كلامنا فيما يصح تمليكه والمدبر لا يصح تمليكه فلاجل هذا لم يدخل
في ملك الغاصب فان قلت يرد عليكم اجتماع الاجرة والمنافع في ملك الموجر
اذا شرط تعجيل الاجرة قلت لا نسلم الاجتماع لان المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع
فاذا حدثت ملكها المستاجر فلا اجتماع اذن والجواب عن قولهما لا نظير له
في الشرع قلنا يبطل ذلك بما اذا اشترى متولي الكعبة ستارة لها وعبيدا
لسدانتها حيث يزول عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري ويجوز ان يقال
يبطل بالتركة المستغرقة بالدين ايضا لان التركة تزول عن ملك الميت ولا تدخل
في ملك الورثة قوله العوضان اي العوض والمعوض قوله حكما للمعاوضة احترازا
عن الضمان في غصب المدبر وقد مر بيانه قوله فان هلك في يده هلك بالثمن
اي قال القدوري في مختصره ان هلك المبيع في يد المشتري هلك بالثمن وسوا هلك
في مدة الخيار او بعدها فعليه الثمن في الوجهين كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وعند الشافعي رحمه الله يجب عليه القيمة اذا هلك في المدة كذا في المختلف
وذلك لانه عجز عن الرد قبل تمام الملك فلزمه القيمة لانه كان مخيرا بين الرد والاجازة
فلما هلك صار عاجزا عنهما جميعا اما الرد فظاهر وكذا الاجازة لان المبيع صار
بحال لا يصلح لورود العقد عليه ابتدا فلم يصلح للاجازة فاذا كان عاجزا لم يكن اتمام
العقد فلزمه القيمة ولنا ان الهلاك بنا على سبب مفض اليه وذلك السبب
عيب فيكون المبيع معيبا حين اشرف على الهلاك فبالعيب امتنع رده فلما هلك
هلك والعقد قد انبرم فلزم الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع فهلك في يد المشتري
لان بالعيب قبل الهلاك لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرما
قبل الهلاك ثم لما هلك هلك وقد كان العقد موقوفا حينئذ فلزمه القيمة لانه ليس بادنى
حالا من المقبوض على سوم الشرا ولم يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد وكذا اذا دخله
عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد قال الكرخي في مختصره واذا
قبض المشتري المبيع فدخله في يد المشتري عيب ينقص القيمة من فعل المشتري
او من فعل غيره تم البيع عليه ولزمه الثمن وقال في الايضاح واذا كان الخيار
للمشتري فحدث في يده عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره لانه
اذا زال المرض ارتفع النقص فصار كان لم يكن قال وليس له ان يفسخ الا ان
يرتفع العيب في الثلث لما ذكرنا ان من شرط الرد ان يرده كما قبض كيلا يودي
الى تفريق الصفقة عليه فاذا مضت الثلث والعيب قايم لزم العقد
لتعذر الرد قوله وكذا اذا دخله عيب اي اذا دخل المبيع عيب في يد
المشتري والخيار له يجب الثمن والمراد من العيب عيب لا يرتفع كقطع
اليد مثلا بدليل ما ذكرنا من رواية الايضاح قوله بخلاف ما اذا كان الخيار
للبايع يعني اذا كان الخيار للبايع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار يجب

القيمة **قوله** ووجه الفرق اي بين ما اذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما اذا كان الخيار للبايع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة وقد بينا الفرق انفا **قوله** لا يعرى عن مقدمة عيب اي لا يعرف الهلاك عن عيب يسبق الهلاك وقد مر بيانه انفا **قوله** انبرم هو مطاوع قولهم ابرمت الامر ابراما اذا احكمته **قوله** ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام قال لا يفسد النكاح فان وطيها كان له ان يردها وقال يعقوب عن محمد يفسد النكاح فان وطيها لم يستطع ردها وتاويل المسيلة فيما اذا كانت المراة ثيبا ولهذا قيد فخر الاسلام البزدوي بالثيب وذلك لانها اذا كانت بكرا ينقصها الوطي لا محالة فليس له الرد حينيذ لحدوث النقصان عند المشتري ثم هذه المسيلة بنا على المسيلة المتقدمة وهي ان الخيار اذا كان للمشتري لا يملكه المشترى عند ابي حنيفة خلافا لهما وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي بقوله والاصل عندهم جميعا ان احد الزوجين اذا ملك زوجه او شقصا منها فسد النكاح فعند ابي حنيفة رحمه الله لم يملكها وعندهما ملكها فان وطيها في مدة الخيار قبل الاختيار فانه ينظر ان كانت بكرا فنقصها الوطي صار مختارا في قولهم جميعا اما على قول ابي حنيفة فلاجل النقصان وعلى قولهما لاجل الوطي والنقصان جميعا وان كانت ثيبا ولم ينقصها الوطي فلا يصير مختارا في قول ابي حنيفة لانه وطيها بالنكاح لا بملك اليمين اذ عنده النكاح قايم وفي قولهما يصير مختارا لها سوا كان نقصها الوطي او لم ينقصها لانه يكون واطيا لها بملك اليمين والنكاح عندهما قد ارتفع واجمعوا انها لو لم تكن زوجته له فوطيها يصير مختارا سوا نقصها الوطي او لم ينقصها لانه يحصل وطيه اياها بملك اليمين ولهذه المسيلة نظاير احصاها صاحب المختلف فيه منها ان الخيار اذا كان للمشترى وفسخ العقد فالزوايد ترد على البايع عنده وعندهما للمشترى ومنها اذا اشترى قريبه لم يعتق عليه عنده وعندهما يعتق ومنها اذا اشترى زوجته الامة وقد ولدت منه لم تصر ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها ان النكاح لا يبطل عنده خلافا لهما ومنها انه لو وطيها في النكاح بعد الشرا وهي ثيب لم يصر قابضا عنده ولا يسقط الخيار عنده خلافا لهما ومنها انها لو حاضت في مدة الخيار لم تحتسب من الاستبرا عنده خلافا لهما ومنها لو فسخ البيع قبل القبض او بعده فلا استبرا على البايع عنده وعندهما ان فسخ قبل القبض لا يجب الاستبرا على البايع استحسانا وان فسخ بعده يجب قياسا واستحسانا ومنها انه لو اشترى شيا على ان المشترى بالخيار وقبضه باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك عنده في مدة الخيار او بعده هلك على البايع ويبطل البيع عنده لان القبض قد انتقض وعندهما يلزمه الثمن لانه لو دفعه هلك نفسه ومنها ان الماذون اذا اشترى شيا من رجل حر على انه بالخيار ثم ابراه البايع عن الثمن فالخيار باق ويجوز رده وقالا لا يجوز لانه ملكه ورده تبرع لانه بغير ثمن ومنها ان الذمي اذا اشترى خمرا او خنزيرا من ذمي على ان

المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري بطل البيع عنده لان الاسلام يمنع التملك وعندهما لا يبطل لانه تم الملك **قوله** بنقصها اي بنقص الوطي البكر وهو بالصاد المهملة **قوله** ولهذه المسيلة اخوات اي نظاير وقد احصيناها انفا **قوله** منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريبا منه له في مدة الخيار يعني اذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه عند ابي حنيفة في مدة الخيار لانه لم يملكه وخياره كما كان فان فسخ البيع عاد الى ملك البايع وعندهما يعتق عليه عند ابي حنيفة من زمان الشرا لانه يملكه ويلزمه الثمن وان اجازه عتق عليه ولزمه الثمن ولا يبقى خياره **قوله** ومنها عتقه اذا كان المشترى حلف ان ملكت عبدا فهو حر يعني اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر ثم اشترى عبدا بشرط الخيار لا يعتق عند ابي حنيفة في مدة الخيار لانه لم يملكه خلافا لهما وهذا خلاف ما اذا قال ان اشتريتك فانت حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالاجماع اما عندهما فلا اشكال لانه حنث بالشرا لان المعلق بالشرط كالمنطوق به عند وجود الشرط فكانه قال بعد الشرا وله الخيار انت حر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فيعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط ولو ارسل العتق بعد شرايه بشرط الخيار ينفذ عتقه فكذا هذا كذا في شرح الطحاوي **قوله** ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزا به من الاستبرا عنده يعني اذا اشترى جارية بالخيار ثلثة ايام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار او حصل فيها بعض الحيضة في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشترى فلا يجتزا بتلك الحيضة من الاستبرا وعليه ان يستبريها بحيضة اخرى عند ابي حنيفة وعندهما يجتزا بها من الاستبرا ولو اختار فسخ العقد وعادت الجارية الى البايع فلا يجب على البايع الاستبرا عند ابي حنيفة سوا كان الفسخ قبل القبض او بعده لانه لم تملكها على البايع غيره عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الفسخ قبل القبض لا يجب على البايع الاستبرا استحسانا والقياس ان يجب عليه وان كان الفسخ بعد القبض يجب على البايع الاستبرا قياسا واستحسانا لان المشتري ملكها عندهما واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ العقد بينهما باقالة او بغيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البايع الاستبرا وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبرا واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبايع ففسخ العقد فلا يجب عليه الاستبرا لانها لم تخرج عن ملكه فان اجاز البيع فعلى المشترى ان يستبريها بعد جواز البيع والقبض بحيضة مستانفة في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي **قوله** ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما قال في شرح الطحاوي اشترى جارية قد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا تصير ام ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشرا ويبطل خياره ويلزمه الثمن وقد صرح كما ترى ان الولادة كانت قبل الشرا وكذلك ذكر الصدر الشهيد والعتابي وقاضي خان في شروح الجامع الصغير فلا بد حينيذ ان يحمل كلام صاحب الهداية على وجه صحيح لان ظاهره مشكل لان المشتراة بشرط الخيار اذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن لحدوث العيب لان الولادة عيب الا ترى الى ما صرح في الفتاوي الصغرى بقوله نفس الولادة

عيب في بني ادم وفي البهايم لا الا ان يوجب نقصان ونقله عن المأذون الكبير لخواهرزاده
فينبغي على هذا ان تصير الجارية بالولادة في المدة ام ولد بالاتفاق لان المبيع اذا تعيب
في يد المشتري لا يمكنه ان يرده كما قبض سليما فعلى هذا نقول ان المشتراة ولدت
بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة قبل القبض فلا تصير ام ولد عنده خلافا لهما وانما
حملنا على هذا الاحتمال كلامه لان الولادة اما ان تقع بعد القبض او قبله فله ان يقول
اردت احد هذين الوجهين **قوله** ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم
اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة اي هلك في يد البايع قال في شرح الطحاوي
اشترى شيئا بعينه على انه بالخيار ثلثة ايام فقبضه باذن البايع ثم اودعه عند البايع
في مدة الخيار فهلك المبيع في يد البايع في مدة الخيار او بعدها هلك على ملك البايع
ويبطل البيع في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يهلك على المشتري ويلزمه
الثمن لان من مذهب ابي حنيفة انه لم يملكه المشتري وارتفع قبضه بالرد على البايع
فهلاك المبيع قبل القبض وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يملكه المشتري
فصار مودعا ملكه لنفسه فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده لان يد المودع
كيده ولو كان الخيار للبايع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه عند البايع
في مدة الخيار ثم هلك في يد البايع قبل جواز البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا
ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه والثمن منقود او مؤجل
وله فيه خيار الروية او خيار عيب فاودعه البايع فهلك في يد البايع هلك على
المشتري ولزمه الثمن بالاجماع لان خيار الروية وخيار العيب لا يمنعان وقوع
الملك فصار مودعا ملك نفسه الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي **قوله** ومنها
انه لو كان المشتري عبدا مأذونا فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده
قال في شرح الطحاوي في عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم
معلومة على انه بالخيار ثلثة ايام ثم ان البايع ابراه عن الثمن فالقياس ان لا يصح
ابراؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان صح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب
الملك وهو العقد فاذا صح ابراؤه ففي قول ابي حنيفة خياره على حاله ان شاء
اختار السلعة وتكون له بغير ثمن وان شاء فسخ وعاد الى البايع بغير ثمن وعندهما
بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان من مذهبهما انه ملكها وفي الفسخ والرد
تمليك منه للبايع بغير بدل وهو ليس من اهل ذلك وعند ابي حنيفة رضي الله
عنه لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك ولو كان العقد باتا فبري
العبد المأذون عن الثمن بابراء البايع فليس له ان يرد السلعة بخيار الروية
لا بخيار العيب بالاجماع لان فيه تمليكا بغير بدل وهو ليس من اهله ولو كان المشتري
حرا والمسيلة بحالها فله ان يرد بخيار الشرط وان برئ من الثمن في قولهم جميعا
اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلا يشكل لان من مذهبه انه يصح في العبد ففي
الحر اولى وعندهما في العبد لا يصح لانه ليس من اهله والحر من اهله لانه يصح تمليكه
ببدل او بغير بدل وله ان يرد بخيار الروية ايضا قبل القبض وبعده وان برئ من
الثمن فانه ينظر ان كان قبل القبض فله الرد وان كان بعد القبض فليس له الرد

لان العيب

لان العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن فكان الرد لعدم رضاه وبعد القبض له حصة
من الثمن فكان الرد لاجل حصة العيب لان البايع حبس نقصان العيب عنده
وانما يظهر ذلك عند تسليم الثمن ولا يظهر قبله الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي
وتمامه فيه وذكر في الزيادات في باب ما يفسد على رده بالعيب البايع
اذا ابراه المشتري عن الثمن ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بشي **قوله** ومنها
اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار اي اسلم المشتري وجملة
ما قال في شرح الطحاوي في ذمي اشترى من ذمي خمرا وخنزيرا فان الشرا لا يخلو اما
ان يسلما او يسلم احدهما قبل قبض الخمر او بعد قبضه اما اذا اسلما او اسلم احدهما قبل
قبض الخمر او الخنزير يبطل البيع في الاحوال كلها سواء كان البيع باتا او بشرط الخيار
لهما او لاحدهما لانهما اسلما والحرام غير مقبوض والاسلام ينافي الحرمة القايمة بالرد
والقايمة بالعقد ولو اسلما او اسلم احدهما بعد القبض فانه ينظر ان كان العقد باتا
لا خيار فيه جاز العقد ولا يبطل لانهما اسلما والحرام مقبوض وان كان العقد بشرط الخيار
للبايع فاسلم البايع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لا يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه
عن ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البايع على حاله لان العقد
من جانب المشتري بات فان اختار البايع الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار
الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما يتملك
بالميراث وان كان الخيار للمشتري فاسلم المشتري بطل العقد في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا تم العقد ولا يبطل لان من مذهب ابي حنيفة ان المشتري
لم يملكه فالاسلام يمنعه من ملك الخمر بالعقد وعندهما ملكه والاسلام منعه
عن اخراجه من ملكه وان اسلم البايع لا يبطل بالاجماع وخيار المشتري على حاله
لان العقد من جانب البايع بات فان اختار المشتري البيع صار له وان فسخ البيع
صار الخمر للبايع حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما ولو شرط الخيار لهما جميعا
فان المبيع لا يخرج عن ملك البايع والثمن ايضا لا يزول عن ملك المشتري الى هنا
لفظ رواية شرح الطحاوي وما في مدة الخيار غيرت لفظه تركا به ولانه استوفي
البيان **قوله** قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز
فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا اي قال
القدوري في مختصره اعلم ان من له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا
فسخ العقد او اجاز فان اجاز جاز بحضرة من صاحبه اي بعلمه وبغير محضر
منه وان فسخ يتوقف على علم الاخر في المدة ان علم به في المدة يجوز والا فلا عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رحمهم الله يصح الفسخ بغير علم الاخر وهو قول الشافعي
كذا في المختلف وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الشرط عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله علم المشتري فاذا نقض بمحضر منه صح وان كان غايبا فان بلغه
قبل مضي المدة انتقض البيع وان بلغه بعد مضي المدة فقد تم البيع لان تمام المدة دلالة
لزوم البيع وقال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير روي عن ابي يوسف
في هذا ثلث روايات رواية كما قالا والاخرى ان الخيار اذا كان للبايع يجوز بغير محضر

من صاحبه واذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الخيار اذا كان للبايع فالمبيع على ملكه واذا بقي الشي
على ملك نفسه جاز واذا كان الخيار للمشتري خاصة فقد خرج من ملك البايع فالمشتري يريد
اراد تمليك البايع فلا يجوز الا بمحضر من صاحبه وفي الرواية الثالثة يجوز سوا كان الخيار للبايع
او للمشتري لان الاختيار حقه هذا رواية لفظ كتابه ولان من له الخيار تصرف بغير
محضر من موكله جاز لانه بتسليطه فكذا هذا والدليل على التسليط انه لا يشترط رضا
صاحبه في الفسخ ولنا ان الفسخ تصرف ممن له الخيار في حق من ليس له الخيار فلا يجوز
بغير محضر منه كما في عزل الوكيل وانما قلنا ذلك لان من له الخيار يريد بالفسخ ادخال المبيع في
ملك البايع اذا كان الخيار للمشتري او ادخال الثمن في ملك المشتري اذا كان الخيار
للبايع وهذا لان المبيع كان خارجا من ملك البايع فبالفسخ اذن ثبت التصرف في
حق صاحبه فلا ينفذ عليه دفعا للضرر والغرر الصحيح بيان الضرر والغرر ان
المشتري اذا فسخ البيع بلا علم البايع وربما لا يطلب البايع لسلعته مشتريا وفيه نوع ضرر
واذا فسخ البايع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتمادا على البيع السابق
فيغرم قيمته اذا هلك وربما تكون القيمة اكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر ولا نسلم
ان الفسخ بتسليط صاحبه لان صاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في شي لا يملكه المسلط
بخلاف الوكيل بالبيع فان الموكل يملكه فصح تسليطه فيفسد القياس ولا نسلم ان الفسخ كالاجازة
لان الاجازة اتمام للعقد السابق فلم يحتج الى حضور صاحبه والفسخ رفع العقد السابق
الذي تراضيا عليه فلهذا اشترط حضوره فافترقا ولئن قال ابو يوسف رفع عقد
فلا يعتبر حضور من لا يعتبر رضاه كالطلاق قلنا يبطل ذلك بما اذا قال اذا احضر
فلان فانت طالق لان رضا فلان لا يعتبر في وقوع الطلاق ومع هذا يعتبر حضوره
وكذا يعتبر حضور الزوجة في اللعان وان لم يعتبر رضاها ويعتبر حضور الزوج في العنة
وان لم يعتبر رضاه فكذا يعتبر حضور الوكيل والشريك والمضارب في عزلهم
ولا يعتبر رضاهم وكذلك لزوم الاحكام الشرعية يعتبر فيها العلم دون الرضا ولا يلزم
علينا الرجعة بغير حضور المراة لانا لا نسلم انها نسخ بل هي حق للزوج تنفرد به وهو
استدامة ملك النكاح ولا يلزم خيار المعتقة اذا اختارت بلا حضور الزوج لان
الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها الخيار
ان تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا يلزم علينا خيار البلوغ لان المراة انفردت
بالسبب الذي استفادت به الخيار وهو البلوغ واما المخيرة فلا يتصور خيارها
بغير حضور زوجها كذا في مختصر الاسرار وكذلك نقول في ابرا الديون حيث لا
يعتبر حضور المديون لانه انفرد بالسبب الذي وجب به الدين عليه وهو الغصب
او الاتلاف ثم ينبغي ان تعرف ان شرط الخيار اذا كان للبايع فجواز العقد ونفوذه باحد
معان ثلثة اما بقوله اجزت البيع في المدة ولا يشترط حضرة الاخر واما بموت البايع
في المدة لان الخيار لا يورث عندنا واما بمعنى مدة الخيار من غير فسخ واما الفسخ فيثبت
بالقول والفعل واما القول فقوله فسخت البيع فاذا قال ذلك انفسخ البيع بلا رضا
المشتري ولا يحتاج فيه الى قضا القاضي ولكن يشترط حضوره عندهما خلافا لابي يوسف
وقد مر ذلك واما الفعل فكما اذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتاق

والبيع والتقبيل

والبيع والتقبيل ونحو ذلك فان العقد ينفسخ حكما حضر المشتري او لا بالاجماع لان الشي قد يثبت
حكما ولا يثبت قصدا واما اذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد ونفاذه بالمعاني الثلثة
التي ذكرناها وبمعان اخر سواها نحو ان يصير المشتري في يد المشتري بحال لا يملك
المشتري الفسخ على تلك الحالة كما اذا هلك المعقود عليه او انتقص في يد المشتري
نقصانا يسيرا او فاحشا بفعل المشتري او بفعل البايع او بافة سماوية او بفعل الاجنبي
او بفعل المعقود عليه بطل خياره ونفذ البيع لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه
العقد وهو عاجز عن رده كما قبض فبطل خياره ونفذ العقد وهذا عند ابي يوسف
كذلك الا فيما اذا حصل النقصان بفعل البايع حيث لا يبطل خيار المشتري زيادة
متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والبرء من المرض وذهاب البياض
من العين او ذهاب الصمم وما اشبه ذلك لانها مانعة للردة والفسخ وهو على خياره
الا انه اذا اختار البيع فالزوايد له مع الاصل واذا اختار الفسخ رد الاصل مع الزوايد
عند ابي حنيفة خلافا لهما لانه لم يملك المبيع عنده وكذا اذا تصرف المشتري تصرف
الملاك بطل خياره ونفذ البيع واما الفسخ اما بالقول كقوله فسخت في مدة الخيار
واما بالفعل كما اذا كان الثمن عينا تصرف فيه تصرف الملاك فينفسخ العقد سوا كان
الاخر حاضرا او غايبا هذا حاصل ما ذكر في شرح الطحاوي ثم لا خلاف بين اصحابنا انه
لا يجوز الفسخ بخيار العيب بغير حضور العاقد الاخر خلافا للشافعي رضي الله عنه كذا في شرح
الاقطع لانه نقل الملك الى الغير ولا يصح ذلك بلا تراض او ولاية ولم يوجد واحد منهما فلم يصح
ثم من له الخيار اذا مات قبل الاجازة او مضت المدة قبل الاجازة لزم البيع عندنا والفسخ عند
مالك له ان البيع وجد مع الخيار وتعذر ابقاؤه كذلك فينفسخ ولنا ان المانع من لزوم البيع
الخيار وقد بطل الخيار كذا ذكر صاحب المختلف **قوله** والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة
عنه اي عن العلم يعني ذكر دارا دالمسبب لان الحضور سبب العلم **قوله** في حق الغير
اي في حق من ليس له الخيار **قوله** لا يطلب لسلعته مشتريا اخر **قوله** كعزل الوكيل يعني
اذا عزل الموكل الوكيل قصدا يتوقف العزل على علم الوكيل حتى لا يتضرر بلزوم الثمن عليه
اذا كان وكيلا بالشرا وببطلان قوله اذا كان وكيلا بالبيع لانه اذا صار معزولا لا يقع شراؤه
عن نفسه **قوله** قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته اي
قال القدوري في مختصره وقال الشافعي رضي الله عنه يورث والمراد نفي التوريث
عندنا ان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته كذا في طريقة
الخلاف له انه حق من حقوق الملك فيجري فيه الارث كخيار العيب والروية كذا في
المختلف يعني على اصلنا لان شرا ما لم يره لا يجوز عنده فلا يتاتى انتقال الخيار الى الوارث
او نقول له قولان في شرا ما لم يره كذا في شرح الاقطع وكخيار التعيين فانه يورث فكذا
هذا كما اذا اشترى احد الثوبين على ان المشتري بالخيار في احدهما ياخذ ايهما شا بثمن معلوم
ويرد الاخر ولنا ان الارث انما يكون فيما يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار
لا يتصور انتقاله فلا يجري فيه الارث وانما قلنا ان الارث فيما يتصور انتقاله بدليل ان
ساير صفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا يورث فكذا منكوحته لا تورث
وانما قلنا ان الخيار لا يتصور انتقاله لان خيار من له الخيار عبارة عن مشيته وارادته

في الفسخ والاجازة ومشيئته قد انقطعت بالموت كالاجل ولا يلزم المكاتب اذا مات
وخلف ولدا ولد في الكتابة حيث ينتقل الكتابة مع الاجل والتنجيم لانا قلنا في عقد
البيع تخرج به ذلك ولان انتقال الكتابة الى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الارث
لان المكاتب لا يورث او نقول خيار ليس بمال ولا يؤول الى مال ولا وثيقة فلا
ينتقل الى الوارث كخيار القبول ولا يلزم خيار الصفقة وهو ما اذا اشترى على انه
خيار لان فيه معنى المال ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث الرهن
والكفالة والضمان لان فيه وثيقة ومعنى المال وكذلك القصاص يؤول الى مال
ولانه خيار شرط فلا ينتقل الى ورثة العاقد كالوكيل اذا شرط لنفسه والجواب عما قال
فنقول لا نسلم انه حق من حقوق الملك بل هو مدة مضروبة في العقد ولا نسلم ان
خيار العيب والرؤية ثبت للوارث بطريق الارث بل ثبت له ابتداء لان ذلك الخيار
لم يثبت لمصلحة تتعلق بذات الملك لان للملك ثابت وانما ثبت لاستيفاء مصلحته
تعلقت بالجزء الفائت بالعيب او لعدم الرؤية فكان الخيار للوارث ابتداء كما كان
للمورث اما خيار الشرط فانما ثبت لمصلحة تعلقت بنفس العقد وان تبوء من
الملك له في المبيع لهذا العوض هل هو مصلحة ام لا والعقد قول قد مضى فلا يتصور
الانتقال والعرض الذي هو التامل من الخيار يبطل لبطلان اهلية التامل بالموت
لان الموت ينافي الاهلية فانما يبطل لزوم الملك بالسبب السابق الموجب للملك
وارتفاع ما يمنع الملك وهو الخيار يبطل القول بالارث او نقول ان خيار الرؤية
ممنوع الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي وخيار الرؤية لا يورث حتى لو ان
المشتري لو مات قبل الرؤية فليس لورثته الرد وقد نقل علاء الدين العالم في
طريقة الخلاف عن الكرخي عن اصحابنا انه لا يورث وكذلك قال القدوري في مختصره
في باب خيار الرؤية والجواب عن خيار التعيين فنقول ثبت ذلك للوارث
ابتداء لا بسبيل الارث اعني انه بطل ذلك الخيار الاول وتجدد للوارث خيار اخر حكما
لاختلاط ملكه بملك غيره الا ترى ان للمورث كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا
والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت والباقي يعلم في الاسرار وطريقة
الخلاف ان شاء الله تعالى **قوله** ليس الا مشيئة واردة بنصبهما بسبيل البدل
عن خبر ليس عن خبر ليس اي ليس الخيار شيئا الا مشيئة وقد مر بيان كون الخيار
مشيئة **قوله** ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وكذا وايهما انتقض
نقض اي قال في الجامع الصغير اعلم ان احد العاقدين اذا اشترط الخيار لغيرهما كان
البيع جائزا بهذا الشرط عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز البيع بهذا الشرط
وهو القياس لان الخيار حكم من احكام العقد فلا يجوز شرطه لغير العاقد اعني ان الخيار
اذا اشترط يكون حكما من احكام العقد وواجبا من مواجبه فلا يصح اشتراط حكم العقد
لغير العاقد كاشتراط الملك لغيره او اشتراط الثمن على غيره وجه الاستحسان ان
شرط الخيار لغير العاقد لم يثبت بطريق الاصالة بل بطريق النيابة عن العاقد
اقتضاء تصحيحا لتصرف العاقد على حسب الامكان فكانه اشترط الخيار لنفسه
اولا ثم جعل الاجنبي نائبا عن نفسه فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت

الخيار

الخيار للاجنبي وزفر لا يقول بالاقتضاء ولهذا قال في قول الرجل اعتق عبدك عني على الف
درهم فقال ما اعتقت يقع العتق عن المامور والولاء له ولا يلزمه الالف وعندنا يعتق
عن الامر والولاء له ويلزمه الالف وهي مسألة المختلف ثم لما جاز البيع بهذا الشرط عندنا
فالشارط او المشروط له الخيار ايهما اجاز البيع جاز وايهما فسخ البيع بحضرة العاقد الاخر
انفسخ البيع لان كل واحد منهما يملك التصرف بانفراده اما اذا اجاز احدهما وفسخ الاخر
فالسابق اولى فسخا كان او اجازة واما اذا خرج الكلامان معا ففي رواية كتاب
البيوع تصرف العاقد اولى نقضا او اجازة وفي رواية كتاب الماذون النقض اولى
فعله الوكيل والموكل قال شمس الائمة السرخسي الصحيح ما ذكر في رواية الماذون وجه
رواية كتاب البيوع وهو المراد من قوله وجه الاول في المتن ان تصرف العاقد
تصرف بولاية الملك فلا يعارضها ولاية النيابة من الاجنبي قالوا هذا قول محمد
ووجه رواية الماذون وهو المراد من قوله وجه الثاني في المتن ان الوكيل نائب
مناب الموكل فصار كانه هو فاستويا فطلب الترجيح من حال التصرف وهو قوته والنقض
يفسخ الاجازة والاجازة لا تفسخ النقض فكان النقض اولى قالوا هذا قول ابي يوسف
واستخرج ذلك من مسألة ذكرها في النوادر في الوكيل ببيع العبد اذا خرج بيعه اياه
من رجل وبيع الموكل اياه من اخر معا ان بيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف
يجعل نصفين ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان
شاء نقض البيع **قوله** وشرط الخيار لغيره اي لغير المشتري وهو غير البائع ايضا
قوله فايهما اجاز اي من المشتري ومن المشروط له الخيار **قوله** له اقتضاء اي
للعاقد **قوله** يجعل هو نائبا عنه اي يجعل من له الخيار نائبا عن العاقد **قوله** لتصرفه
اي لتصرف العاقد **قوله** وعند ذلك اي عند تقديم الخيار للعاقد اقتضاء **قوله**
في رواية اي في رواية كتاب البيوع **قوله** في اخرى اي في رواية اخرى وهو رواية
الماذون **قوله** يعتبرهما اي يعتبر تصرف الموكل وتصرف الوكيل **قوله** قال
ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل
واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة وهي على اربعة اوجه منها البيع فاسد في وجه واحد جائز اما الثلثة
فاحدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين من فيه الخيار وثانيها ان يفصل الثمن ولا يعين من فيه
الخيار وثالثها ان يعين من فيه الخيار ولا يفصل الثمن واما الوجه الذي البيع فيه
جائز فهو ان يفصل الثمن ويعين من فيه الخيار اما الوجه الاول فانما فسد العقد فيه
لجهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لان البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في
حق الحكم الى سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما ان الخيار داخل في الحكم بل هو موقوف في حق الحكم
الى سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما ان الخيار داخل في الحكم دون السبب فيمنع الحكم دون
السبب وقد عرف ذلك في الاصول فلما كان الذي فيه الخيار ليس بداخل في الحكم
دون الذي ليس فيه الخيار مفردا في الحكم وهو مجهول وثمنه مجهول فيفسد
البيع كما في بيع احد العبدين وكما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء واما الوجه الثاني فانما
فسد البيع فيه لجهالة المبيع وهذا لما قلنا ان الذي فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فبقي

الاخر مفردا وهو مجهول واما الوجه الثالث فانما فسد البيع فيه لجهالة الثمن لما ان من فيه
الخيار ليس بداخل في الحكم فبقي الاخر مفردا وثمنه مجهول واما الوجه الاخر فانما جاز
البيع فيه لان المبيع معلوم والثمن معلوم لانه عين من فيه الخيار حيث قال علي اني
بالخيار في هذا وفصل الثمن ايضا لانه باع كل واحد منهما بخمس مائة درهم بقي هنا
سوال مقدر بان يقال سلمنا ان البيع لا يفسد من جهة الجهالة ولكن ينبغي ان يفسد من
جهة اخرى وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا
لانعقاد العقد في الذي ليس فيه الخيار كما اذا جمع بين قن وحر حيث لا يجوز البيع
وان فصل الثمن والجواب ان الذي فيه الخيار داخل في العقد وان لم يكن داخلا
في الحكم لان الخيار لا يمنع السبب وهو محل للبيع نصا كما اذا جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف درهم
نفذ البيع في القن بحصته من الثمن وان كان قبول العقد في المدبر شرطا لانعقاد العقد
في القن لما ان المدبر داخل في العقد لكونه مالا الا ترى ان القاضي لو قضى بجواز بيعه
جاز فكان القبول شرطا صحيحا فكذا فيما نحن فيه بخلاف الحر فانه ليس بداخل في العقد اصلا
لانه ليس بمال فكان قبوله شرطا فاسدا فيبطل البيع وفي الجمع بين قن ومدبر خلاف زفر
وسيجي بيانه ان شا الله تعالى في باب البيع الفاسد **قوله** ومن اشترى ثوبين على
ان يأخذ ايهما شا بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت
اربعة اثواب فالبيع فاسد وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم انه اذا اشترى احد
الثوبين او احد الاثواب الثلثة وبين ثمن كل واحد منهما على حدة وثمن الكل متفق
او مختلف على ان يأخذ المشتري اي ثوب شا وهو بالخيار ثلثة ايام جاز استحسانا
والقياس ان لا يجوز كما اذا اشترى احد الاثواب الاربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر
والشافعي ذكر قول زفر في الشامل وقول الشافعي في الايضاح وجه الاستحسان
ان شرط الخيار وان كان يخالف مقتضى العقد شرع لحاجة الناس الى الخيار دفعا للغبن
باختيار ما هو الارفق والاوفق ومثل تلك الحاجة موجودة فيما نحن فيه فكان في معنى
ما ورد به النص فيجوز البيع للحاجة لان الانسان قد يحتاج الى زوج خف ونحو ذلك
ولا يتيسر له ان يخرج الى السوق بنفسه بان يكون من الروسا او من الرهاقين او من
النسا في البيوت فيحمل اليه من يقوم مقامه في الشرا من الانواع الثلثة الجيد
والوسط والردي حتى يختار ما هو يوافقه والبايع ربما لا يمكنه من الحمل بلا بيع فكانت
الحاجة ماسة الى مثل هذا البيع فجاز ولم يجز في الاكثر من الثلثة لاندفاع الحاجة
بما دون ذلك لاشتمال الثلاثة على جميع الانواع والجهالة ليست بمفضية الى المنازعة
لان من له الخيار وهو المشتري فوض اليه الامر باخذ اي ذلك شا الا ان الجهالة ما لم
تكن موجودة في الاكثر لم يجز البيع وان انعدمت المنازعة فيه بتعيين من له الخيار
بني على اصل القياس لان الرخصة في جواز هذا البيع كانت بالامرين بوجود الحاجة
المفضية الى المنازعة وانعدام الجهالة المذكورة وان تحقق لم يتحقق الحاجة فلم
تثبت الرخصة لفوات شرط العلة فلما كانت العادة جارية بين الناس
في الثلث جاز البيع فيها استحسانا وترك القياس لتعاملهم وفي الاكثر لم يجز البيع
قياسا واستحسانا ولان الله تعالى ذكر الخيار في ثلثة الاشيا في كفارة اليمين

وجزا الصيد

وجزا الصيد وكفارة الاذى فلما كان للثلثة اثر في كتاب الله تعالى استحسنا في الثلثة
وفيما زاد عليها اخذنا بالقياس ثم لما جاز البيع بهذا الشرط فللمشتري الخيار ان شا اخذ
احد الثوبين ولزمه ثمنه والاخر عنده امانة وان شا ردهما جميعا وليس له اخذهما
جميعا لان المبيع احدهما لا غير قال في شرح الطحاوي في هذا البيع خياران للمشتري
احدهما خيار تمييز المبيع من الامانة والثاني خيار الشرط الا ان خيار الشرط منهما موقت
الى ثلثة ايام في قول ابي حنيفة وعندهما غير موقت بالثلث وخيار التمييز غير موقت
وهكذا ذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال واختلف فيه المشايخ قال بعضهم
لا يجوز هذا البيع ما لم يذكر الخيارين خيار التمييز وخيار الشرط لانه اذا لم يذكر خيار الشرط
الى ثلثة ايام تكون مدة خيار الشرط مجهولة ومن اشترى بشرط الخيار غير موقت
لا يجوز البيع وقال بعضهم يجوز هذا البيع وان لم يذكر فيه خيار الشرط فيثبت خيار الشرط
تبعا وضمنا لخيار التمييز وله ان يأخذ ايهما شا وله ان يرد لان الشي قد يثبت ضمنا
وتبعا وان كان يبطل قصدا الا ترى ان بيع الهوا على الانفراد لا يجوز واذا باع الارض
دخل الهوا تبعا وبيع الشرب على الانفراد لا يجوز واذا باع الارض بحقوقها جاز ودخل
الشرب تبعا الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي ثم قال والاصح والاول اصح وقال
الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه اي في اشتراط خيار
الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط وهو المذكور في الكتاب واليه مال الكرخي
ومنهم من قال لا وهو المذكور في الجامع الكبير فانه ذكر هذه المسئلة ولم يذكر فيها خيار
الشرط وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بعد ذكر اختلاف المشايخ والصحيح
عندنا انه ليس بشرط كذلك ذكر فخر الاسلام في الجامع ولكن لا بد من بيان من له
خيار التعيين قطعا للمنازعة فان لم يشترط مع ذلك خيار الشرط لزم البيع في غير العين
والاخر امانة عنده وان شرط مع ذلك خيار الشرط فلا بد من توقيته وعند ذلك
لا يلزم العقد في غير العين ايضا حتى ان لصاحب الخيار ردهما جميعا فان هلك
من له الخيار بطل خيار الشرط ويثبت للوارث خيار التعيين فاما خيار الشرط
فلا حتى ان الوارث يملك ردهما جميعا وكذلك اذا انقضى وقت الخيار في حياة
المورث بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا الى هنا لفظ فخر الاسلام رحمه الله
وقال العتابي في شرح الجامع الصغير ذكر خيار الشرط مع خيار التعيين وقع اتفاقا
لان البيع يجوز بدون خيار الشرط ولكن لو ذكر فيه خيار الشرط كان له ان يردهما
ولو لم يذكر فيه خيار الشرط له ان يرد احدهما بخيار التعيين وليس له ان يردهما
ولو مات يورث خيار التعيين ولا يورث خيار الشرط واذا لم يذكر خيار الشرط
فلا بد من توقيت خيار التعيين بثلثة ايام فما دونه وبالزيادة لا يجوز عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز بما شا العاقدان بعد ان كانت المدة معلومة وجعل شمس الائمة السرخسي
في شرح الجامع الصغير اشتراط الخيار مع خيار التعيين هو الصحيح **قوله** وكذلك الثلثة
اي البيع جائز في احد الاثواب الثلثة **قوله** والحاجة الى هذا النوع من البيع
اراد بهذا النوع ان يشتري احد الثوبين او احد العبدين على ان يأخذ ايهما
شا بثمن معلوم **قوله** ولا يمكنه البايع بتشديد الكاف **قوله** اليه الضمير راجع

الي من في قوله من يثق به وفي قوله من يشتريه لاجله **قوله** والجهالة لا تفضي الي المنازعة
في الثلث جواب لقوله والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع **قوله** وكذا في
الاربعة اي الجهالة في الاثواب الاربعة ايضا لا تفضي الي المنازعة لكن الحاجة
الي الاربعة ليست بمتحققة فلاجل هذا لم يجز البيع فيها **قوله** والرخصة ثبوتها
بالحاجة وكون الجهالة بجر النون عطفا علي قوله بالحاجة وبيانه مر آنفا **قوله** واذا
لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده اي عند ابي حنيفة
وبمدة معلومة ايها كانت عندهما يعني كما في خيار الشرط عندهما لا يقال ان ابا يوسف
رحمه الله لم يجوز البيع في قوله ان لم ينقد الثمن الي اربعة ايام كما هو قول ابي حنيفة اخذا
بالقياس واتباعا للسنة فينبغي ان لا يجوز خيار التعيين عند ابي يوسف اكثر من الثلاثة
لان ثمه وجد التعليق بحرف الشرط والتمليك لا يحتمل ذلك فاخذ بالقياس وههنا
فيما نحن فيه لم يوجد التعليق بحرف الشرط فجاز في الاكثر لانه في معنى شرط الخيار من
حيث انه شرط للحاجة فكذا هذا فجاز في الزيادة علي الثلاثة كما جاز شرط الخيار **قوله**
ثم ذكر في بعض النسخ اشترى احد الثوبين وهو الصحيح يعني اختلفت الرواية في نسخ
الجامع الصغير والصحيح هو المذكور ثانيا لان المبيع احدهما لا هما والاول مجاز لاحتمال ان
يكون كل واحد منهما هو المبيع واثبت فخر الاسلام النسخة الاولي لا غير مجازا
ويجوز ان يقال في وجه المجاز انه اطلاق اسم الكل علي البعض كما في قوله تعالى يخرج
منهما اللولو والمرجان وانما يخرجان من الملح لا العذب **قوله** ولو هلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالعيب
قال في شرح الطحاوي ولو هلك احدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري
بالخيار ان شا اخذ الباقي بثمنه وان شا ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل
البيع ولو هلك احدهما بعد القبض تعين الهالك للبيع ولزمه ثمنه لانه عجز
عن رده وتعين الاخر للامانة ولو هلكا جميعا في يد المشتري ان كان الهلاك
علي التعاقب لزمه ثمن الهالك الاول وهلك الباقي في يده امانة ولو هلكا
معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه ليس احدهما باولي بالتعيين من
الاخر وان هلك احدهما قبل الاخر غير انهما اختلفا فيه فلا يظهر فايدة الخلاف
اذا كان الثمن متفقا وانما يظهر اذا كان مختلفا بان يكون ثمن احدهما عشرة
وثمن الاخر عشرين فقال البايع هلك الذي ثمنه عشرين اولا وقال المشتري
هلك الذي ثمنه عشرة اولا كان ابو يوسف يقول يتحالفان فايهما نكل قضي
عليه بما ادعاه صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كانهما هلكا معا ولزمه نصف
ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول
محمد رحمه الله لان الثمن صار دينا علي المشتري هذا اذا لم يكن لهما بينة
فلو اقام احدهما البينة قبلت وان اقاما جميعا فبينة البايع اولي لانه يثبت
الفضل ولو تعيب احدهما في يد البايع قبل القبض فالمتعيب منهما لا يتعين
للبيع والمشتري علي خياره وان شا اخذ المبيع منهما بجميع الثمن وان شا
اخذ الاخر وان شا تركهما ولو تعيبا جميعا في يد البايع فالمشتري بالخيار ايضا

ولو تعيب

ولو تعيب احدهما بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانة
ولو تعيبا جميعا ينظر ان كان احدهما تعيب قبل الاخر لزمه ثمن المعيب الاول
ويرد الاخر ولا يغرم لحدوث العيب شيا لانه امانة ولو تعيبا جميعا معا فلا يتعين
احدهما للبيع وله ان ياخذ ايهما شا بثمنه ويبطل خيار الشرط وليس له ردهما جميعا واحدهما
لازم له قال العتابي في شرح الجامع الكبير ولو اشترى احد العبدين علي ان ياخذ
ايهما شا بالف درهم وقبضهما فالبيع جايز في احدهما والتعيين اليه فان مات احدهما
او عيبه المشتري او اعتقه او دبره تعين للبيع ولو اعتق البايع احدهما بعينه فان
عين المشتري ذلك للبيع فعتقه باطل وان عين الاخر بما وصفنا به وانتقض
البيع نفذ عتق البايع في الذي اعتقه والجايز ملحق بالفاسد في جميع ما وصفنا الا
في حكمين احدهما ان في الجايز يملك المشتري احدهما قبل القبض وفي الفاسد
لا يملك والثاني في الجايز احدهما مضمون بالثمن بعد القبض وفي الفاسد مضمون
بالقيمة واراد بالفاسد ما ذكر قبل هذا بقوله اذا باع احد عبديه من رجل ولم يقل
علي ان المشتري بالخيار في تعيين ايهما شا فالبيع فاسد فان دفعهما اليه فاحدهما
ملكه مضمون عليه بالقيمة وليس احدهما اولي من الاخر فشاع فيهما وان مات
احدهما تعين هو للبيع لان احدهما واجب الرد وقد تعذر رد الميت فتعين الاخر
للرد فاذا مات الاخر يهلك امانة لانه يحتمل ان يكون المبيع هو الذي مات اولا
وقد تقرر النقض فيه بحكم الفساد وقد وقع الشك في النقض في الاخر والبيع
ثابت بيقين فلا ينتقض بالشك بخلاف ما اذا اعتق المولي احد عبديه ومات
احدهما تعين الباقي للعتق لان العتق تعلق بشرط البيان من وجه فكان البيان
انشا من وجه والباقي تعين للانشا اما البيع فلا يقبل التعليق بشرط البيان فكان
البيان فيه اظهارا محضا والميت محل لذلك والباقي يعلم في شروح الجامع الكبير
في باب بيع احد العبدين ولم يعين احدهما وقوله وتعين الاخر للامانة فان قلت
كيف يكون الاخر امانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيا ولا يكون هو ادنى حالا من
المقبوض علي سوم الشرا قلت انما كان ذلك امانة لانه انما اشترى احدهما لا غير
انما قبض الاخر ليرده علي البايع اذا تعين احدهما لا ليتملكه ولا علي سوم الشرا
وقد تعين احدهما هنا فبقي الاخر امانة لانه قبض باذن البايع لا علي جهة البيع
فلم يلزمه شي بسببه **قوله** ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما مر بيانه
آنفا **قوله** وهذا لا يتوقت في حق الوارث هذا ايضاح لكون الباقي خيار التعيين
يعني ان الدليل علي ان الباقي خيار التعيين بعد موت من له الخيار لا خيار الشرط
عدم توقته في حق الوارث لانه هو الذي لا يتوقت في حقه لانه لم يثبت له
بسبيل الارث بل لاختلاط ملكه بملك غيره فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما
الوارث جميعا ولتوقت في حق الارث لكن خيار الشرط لا يورث لما بينا
عند قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره **قوله** ومن اشترى دارا علي انه
بالخيار فبيعت دار الي جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا وهذه من مسايل الجامع
الصغير وكان ينبغي ان لا تجب الشفعة عند ابي حنيفة للمشتري لانه لا يملك الدار

التي اشتراها بالخيار وعلي مذهبه فكيف يجب له الشفعة في دار بيعت بجنبها
ولكن طريق ذلك ان يقال ان طلب الشفعة دليل علي استدامة الملك في الدار
المشتراة بالخيار لان ثبوت الشفعة لدفع ضرر الجوار وانما يحتاج الي دفع ضرر الجوار
اذا كان له ملك في الدار التي ياخذ بسببها الدار المبيعة بجنبها بالشفعة فكان
طلب الشفعة اذن دليلا علي اختيار الملك فيسقط الخيار فثبت له الملك
من وقت الشرا سابقا علي العقد الذي وقع علي الدار المبيعة بجنبها فظهر ملك
الجوار سابقا فتثبت الشفعة وهذا معني قوله وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي
حنيفة رضي الله عنه خاصة اي التقرير بان يقال لان طلب الشفعة يدل علي اختيار
الملك واما علي مذهبهما فلان الشفعة شرعت لدفع ضرر يلحقه لجوار الدخيل والانسان
لا يدفع ضرر الجار في دار لا يرضي ان تكون مملوكة له فلا يدل الاخذ بالشفعة علي سقوط
الخيار في الدار المشتراة بالخيار قوله فهو رضا اي الاخذ بالشفعة رضا قوله فيها
الضمير يرجع الي دار في قوله اشتري دارا علي انه بالخيار قوله فيتضمن ذلك
اي اخذ الملك عليه اي علي طلب الشفعة ثم ينبغي لك ان تعرف ان خيار
الشرط يسقط باخذ الشفعة ولا يسقط خيار الروية لا ترى الي ما ذكر الناطفي في
الاجناس ناقلا عن اكراه الاصل قال ولو اشتري دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها
فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولي بخيار الروية ولو كان هذا خيار
الشرط بطل الخيار ولو عرض على بيع لا يبطل خيار الروية ويبطل خيار الشرط
لانه لو قال ابطلت خيار الشرط سقط الخيار ولو قال ابطلت خيار الروية
لا يبطل قبل وجود الروية لان ثبوته موقوف علي وجود الروية قوله قال
واذا اشترى الرجلان علي انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده
عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير
قال في الحصر والمختلف وعلي هذا الاختلاف خيار الروية والعيب قبل
القبض وبعده يعني اذا اشتريا شيا ليس لاحدهما ان يرده بخيار الروية
او بخيار العيب بدون صاحبه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
رجلان اشتريا غلاما علي انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده في قول
ابي حنيفة وفي قولهما له ذلك وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى قال
يوما لاخر يرده الي هنا لفظ رواية الفقيه وقول الشافعي كقولهما كذا في
الحصر وجه قولهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد ان يتخير لهما
خيار كل واحد منهما فاذا رضي احدهما لا يسقط برضاه خيار الاخر لان فيه
الزام الضرر عليه بابطال حقه في الخيار فكان للاخر الرد في نصيبه غاية
ما في الباب انه يلزم تفريق الصفقة علي البايع ولكن لما باع من اثنين
بالخيار لهما كان راضيا بالتفريق لان كل واحد مشتر للنصف لا غير فلا ان
يرد الذي اشترى فصار كما اذا اشترى عبدا علي انه بالخيار في نصفه ووجه
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان رد احدهما لو جاز بدون صاحبه يلزم الرد
بعيب حادث لم يكن عند البايع والرد بالخيار انما يصح اذا كان الرد علي

ما قبض

ماقبض اما بعيب حادث فلا وانما يلزم الرد بعيب حادث لان يد البايع كانت مجتمعه فاذا عادت
اليه متفرقة كان التفريق عيبا لان الشركة عيب لان للبايع قبل البيع كان يتمكن من عليه
فلا يجوز ولا نسلم لزوم رضا البايع برد احدهما من رضاه بردهما جميعا لان في ردهما جميعا
لا يلزم الزام ضرر زايد بخلاف رد احدهما ولا نسلم ان البايع رضي بتفريق الصفقة
عليه بل رضي بتفريقها عليهما بخلاف المسيلة التي قاسا عليها فانه لما اشترى
بالخيار في نصفه كان البايع راضيا بتفريق الصفقة علي نفسه لانه اثبت للمشتري
ولاية الرد في النصف ووجه الرواية الاخرى ان الذي امتنع عن الرد اراد
ابطال حق الاخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا لان المقصود الكلي من اثبات الخيار ان
يكون لمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان للاجازة ما كان يحتاج الي
الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد
شرط لهما جميعا يومر صاحب الرد بالرد لئلا يلزم ابطال حق الراد قوله ومن
باع عبدا علي انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع
الثمن وان شا تركه وهذا اللفظ القدوري في مختصره وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط
لانه من مقتضيات العقد الا ترى ان الوصف الذي شرطه لو كان موجودا في
المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما اذا
اشترى علي ان يتملك المبيع او علي ان يسلمه البايع الي المشتري بخلاف ما اذا
اشترى ناقة علي انها حامل حيث يكون البيع فاسدا علي رواية كتاب البيوع
لان الحمل لا يعرف حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان
غررا فاوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه للحال فلم يكن غررا ولان
ما نحن فيه صفة محضة لا يتصور انفصالها اصلا وهناك المقصود الولد بعد الولادة
وهو مجهول واشتراط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروي الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة رضي الله عنه ان ذلك البيع ايضا جايز فلا حاجة الي الفرق لاستوايهما
في الجواب كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير ثم قال
ولا رواية عن اصحابنا ان اشتراط الحبل في الجواري هل يوجب فساد العقد ام لا اختلف
مشايخنا فيه منهم من قال يوجب قياسا علي الناقة للمعنيين المذكورين ثمه ومنهم من
قال لا يوجب لان الحبل في الجواري عيب فكان ذكره للبراة عن هذا العيب بخلاف
الحبل في البهايم فانه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز ومنهم من فصل وقال
ان اشتراها ليتخذها ظيرا فشرط انها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وهي مجهولة
وفي وجودها خطر فصارت كالناقة وان كان لا يريد اتخاذها ظيرا كان جايزا لما مر
انه اشتراط البراة عن هذا العيب ولو اشترى انها حلوبة روى الحسن في المجرد انه
يجوز لانه اشترط زيادة صفة وهذا قياس علي ما روى انه لو اشترى ناقة علي
انها حامل يجوز بل هذا اولي لان ذاك مما لا يمكن الوقوف عليه للحال ويمكن الوقوف
عليه للحال بان تحلب وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره انه لا يجوز لان
المشروط اصل من وجه وهو اللبن وهو علي خطر الوجود ومجهول القدر فصار
كاشتراط الحبل ثم في مسيلتنا اذا وجد العبد خبازا او كاتبا فيها ونعمت وان وجده

بخلافه فله الخيار بين الاخذ بجميع الثمن ان شا والرد ان شا لانه وصف مرغوب فيه فاذا فات
وجب الخيار بين الامرين لكنه اذا اخذ اخذ بجميع الثمن لان الوصف لا يقابله شي من الثمن
لانه تبع يدخل في العقد من غير ذكر وفي جعله مقابلا بشي من الثمن يلزم جعله اصلا فلا يجوز
وهذا معنى قوله على ما عرف والاصل هنا ما قالوا ان من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها فان
كانت الصفة مما لا تتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا كان المشتري بالخيار كما اذا اشترى
حمارا على انه اتان فاذا هو ذكر او شاة على انها نعجة فاذا هي جمل فاذا كانت تتفاوت فيها
الاغراض تفاوتا كثيرا فالعقد فاسد كما اذا باع دارا على ان بناها اجر فاذا هو لبن او باع
شخصا على انه جارية فاذا هو عبد فالبيع فاسد لانه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس
واما اذا شرط صفة فوجدها زايدة فهي للمشتري مثل ان يشتري ثوبا على انه عشرة ادرع
فوجده احد عشر ذراعا وكذلك لو اشترى جارية على انها ثيب فاذا هي بكر فيكون
الصفة الزايدة للمشتري ولا خيار كمن اشترى عبدا على انه معيب فوجده صحيحا فاما اذا
وقع العقد على جنس فوجده بخلافه فالبيع فاسد مثل ان يبيعه هذا الثوب على انه كتان
فاذا هو قطن او على انه هروي فاذا هو مروي او فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج
فالبيع باطل لان المعقود عليه معدوم وعدم المعقود عليه يفسد العقد وهذا الخيار اعني
خيار الصفة وهو ما اذا اشترى على خيار زيوف لان فيه معنى ابطال كذا ذكر في مختصر
الاسرار وذكر الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الكبير ان القول قول من تمسك بالاصل
وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النسا
بانفرادهن فيما لا تطلع عليه الرجال حجة من غير يمين اذا تايدت بمويد وان لم تتايد
يعتبر في حق توجه الخصومة لا في الزام الخصم ثم قال مثاله اذا اشترى عبدا على انه خباز
او كاتب ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البايع هو
بهذا الوصف للحال يومر بالخبز والكتابة فان فعل من ذلك ما يسمى به خبازا او كاتبا
بادنى ما ينطلق عليه الاسم لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر فان فعل من ذلك قول العبد
في ذلك فان قال البايع كان لذلك حين سلمته اليك ونسي في يدك وذلك في مدة يحتمل
ان ينسى وقال المشتري لم يكن كذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم
هذه الصفة وان لم يكن لذلك قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى يعرف هذه
الصفة وان اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البايع هي بكر
في الحال فان القاضي يريها النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البايع لان شهادتهن
تايدت بمويد ههنا لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم تثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ
حق قوي وشهادتهن ضعيفة لم تتايد بمويد لكن تثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البايع
لان اليمين لا بد لها من الدعوى والخصومة وحق الخصومة حق ضعيف لانه ليس بمقصود
لنفسها فجاز ان يثبت بشهادتهن فيحلف البايع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم
يكن قبضها يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل يرد عليه وان حلف لزم المشتري
وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض من
غير يمين البايع وان لم يكن عند القاضي من النسا من يثق بهن لا يحلف البايع لان العيب
لم يثبت للحال ولا تثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البايع ويلزم الجارية على

الصفة صح

المشتري

المشتري الى ان يحضر من النسا من يثق بهن ولو قال البايع بعتها وسلمتها اليك وهي
بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة والقاضي لا يريها النسا لان
البايع مقر بزوال البكارة لكن يقول زالت في يدك **قوله** وهذا يرجع الى اختلاف
النوع اي الاختلاف في العبد بكونه خبازا او غير خباز وبكونه كاتبا او غير كاتب بمنزلة
الاختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد به بل يكون للمشتري الخيار كالذكورة والانوثة
في ساير الحيوانات كالفرس والبقر والغنم ونحوها بخلاف الاختلاف في الذكورة والانوثة
في بني ادم فانه بمنزلة الاختلاف في الجنس فيفسد به العقد لفحش التفاوت **قوله**
وصار كفوات وصف السلامة اي صار فوات الخبز والكتابة فيما اذا اشترى على انه
خباز او كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما اذا اشترى على انه سليم
فوجده معيبا فثبت له ولاية الرد فكذا ههنا **قوله** على ما عرف من بيانه انفا والله اعلم

باب خيار الرؤية

لما شرع بذكر انواع الخيار قدم ما كان تاثيره
اكثر في العقد على غيره على التوالي وذلك لان الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد
العلة كالبيع المضاف الى مال غير مملوك حيث لا ينعقد في حق المالك لخيار
الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا يتم الصفقة بالقبض ومانع يمنع لزوم
الحكم كخيار العيب حتى يتمكن من رده بعد تمام الصفقة بالقبض كذا ذكر شمس الايمة
السرخسي في اصوله في فصل بيان فساد القول بجواز التخصيص في العلل الشرعية **قوله**
ومن اشترى لم يره فالبيع جايز وله الخيار اذا راه ان شا اخذه وان شا رده اي قال
القدوري في مختصره وقال الشافعي في احد قوليه البيع باطل وهو اختيار المزني قال
في وجيزه ولعله اصح القولين لان المبيع مجهول وبيع المجهول لا يصح كما اذا باع الشي
برقمه وكما لو اشترى باي ثمن شاه المشتري او شاه البايع وكما لو اشترى احد هذه
العبيد الاربعة او الثياب الاربعة على ان يختار ايها شا وكما اذا باع اللبن في الضرع
او البزر في البطيخ او الدهن في السمسم او الصوف على ظهر الشاة فلا يصح البيع
في هذه الصور لجهالة المبيع فكذا بيع ما لم يره المشتري ولنا ما روى ابو حنيفة
باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى ما لم يره فله الخيار
اذا راه وذكر محمد في كتاب الماذون وفي السير الكبير ايضا وروى الترمذي
في جامعه باسناده الى محمد بن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى ان يتلقى الجلب وان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار
اذا ورد السوق قال ابو بكر الرازي ولا معنى لهذا الخبر الا انه اشترى الشي في وعايه
ثم حمله الى السوق فنظر اليه فجعل له فيه خيار الرؤية لان العادة كانت فيمن يتلقى الجلب
ان يشتري الحمل على ظهر البعير فلا يفتحه حتى يعود به الى بيته ولانه باع مالا مملوكا
معلوم الاصل مقدور التسليم فيصح غاية ما في الباب ان فيه جهالة الوصف وهي لا تفضي
الى المنازعة فلا تكون الجهالة مانعة من صحة العقد بل هي اثرها في نفي اللزوم
لانه ان رضي قبل وان رد فصار كترك بيان الجنس والنوع والقدر والوصف في المشار
اليه ولانه عقد شرعي فلا يكون روية المعقود عليه شرطا كالنكاح وهذا يصح بيع الصبرة
وان لم ير المشتري باطنها وكذا يصح بيع الثوب المطوي وان لم ير المشتري باطنه

والمعنى في الكل ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو باع قفيزا من الصبرة جاز لانه لا
يفضي الى المنازعة بخلاف بيع شاة من القطيع فانه لا يصح لافضا به الى المنازعة لان
عين المبيع ليست بمعلومة وفيما نحن فيه المبيع معلوم عند البايع ممتاز عن اعيان
اخر وعليه تسليمه فالظاهر انه يسلمه دون غيره فبعد ذلك اذا رضي المشتري
قبل وان لم يرض فسخ العقد باذن الشرع كما اذا اشترى عينا فوجده معيبا والجهالة
الوصف بتعويم تمام الرضى شرط انبرام العقد لا شرط جوازه ولهذا يجوز البيع بشرط
الخيار مع عدم تمام الرضى وكذلك يجوز مع خيار العيب ولان العقد يصح مع عدم روية
ما هو المقصود كلب الجوز واللوز وباطن البيض فمع عدم روية ما ليس بمقصود
وهو قشره اولى واحرى والجواب عما قاس عليه الشافعي منقولا انما لم يصح البيع
بالرقم لانه يحتمل السقوط فيفضي الى المنازعة حتى لو حصل الامن عنه بالاعلام في المجلس
صح ايضا وفي البيع باي ثمن شاء من له المشيه او انكار الاخر تفويض المشيئة
اذا لم يشا ما يرضاه محتمل فيفضي الى المنازعة ولعدم الحاجة بخلاف احد الابواب
الثلثة حيث يصح البيع عندنا للحاجة الى ذلك وقد مر بيانه قبل هذا الباب
في مسيلة ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شا بعشرة واما بيع اللبن
في الضرع والبذر في البطيخ والصوف على ظهر الشاة فانما لم يصح لانه قد يزداد
فيختلط المبيع بغيره او ينتقص فيفوت بعض المبيع قبل التسليم فيفضي الى
المنازعة والدهن في السمسم مجهول فيفضي الى المنازعة وفيما نحن فيه لا يفضي
الى المنازعة فبطل القياس فان قلت ان الشافعي رضي الله عنه ربما يحتج
بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان فنقول
ان كلمة عند للحضرة فكان نهيا عن بيع الغايب قلت المراد منه بيع ما لم يكن
ملكا للبايع بدليل ما روى ابو داود في السنن باسناده الى حكيم بن حزام رضي
الله عنه قال يا رسول الله يا تيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي افابتاعه
له من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك وفيما نحن فيه المبيع ملك البايع فلم
يبق حجة فان قلت مبيع مجهول الصفة عند العاقد فكان البيع باطلا كما اذا قال بعتك
ثوبا قلت المعنى في الاصل انها جهالة في العين بحيث تمنع من التسليم الواجب علية
العقد فلهذا لم يصح وفي الفرع ليس كذلك فان الجهالة في الوصف لا العين فصار كجهالة
القيمة فلم يمنع التسليم فصح البيع قوله لجهالة الوصف في المعاين المشار يعني اذا اشترى
ثوبا معاينا مشارا اليه ولكن عدد ذرعانه مجهول فانه يجوز لان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة انتهى قوله وكذا اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده ذكر هذا تفريعا
لمسيلة القدوري يعني كما ان من له خيار الروية اذا لم يقل رضيت قبل الروية
له خيار الروية اذا قال رضيت قبل الروية وذلك لان الخيار ثبوته متعلق
بالروية فلا يثبت قبل الروية فلو كان رضاه قبل الروية مسقطا للخيار لكان
مسقطا للشي قبل ثبوته فلا يجوز ولو فسخ قبل الروية صح ولا رواية في هذا ولكن
المشايخ اختلفوا كذا في التحفة قال بعضهم لا يصح فسخه قياسا على الاجازة وقال
بعضهم يصح الفسخ دون الاجازة وذكر الكرخي ان الفسخ يجوز قبل الروية ما لم يتصرف في

المبيع

المبيع تصرفا لا يتمكن المشتري رفعه من العتق واشباهه او يتصرف تصرفا يوجب
لغيره فيه حقا مثل الاجارة والرهن وغير ذلك فان ذلك يلزمه البيع والفرق بين الفسخ
والاجازة ان ثبوت الفسخ قبل الروية بسبب ان العقد لم يقع منبرما لجهالة الاوصاف
لا باعتبار ثبوت الخيار له بحكم الحديث فلما كان العقد واهيا غير منبرم جاز فسخه وليس
الاجازة كذلك لانه الزام العقود وانما يملك الالزام بسبب الخيار الذي ثبت بحكم
الحديث معلقا بالروية فيكون عدما قبل الروية فلم تجز الاجازة وهذا معنى قوله
وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث اراد به قوله عليه السلام من
اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه ولان رضاه قبل الروية لا يسقط الخيار بعد
الروية لان الرضا عبارة عن ارادة الشي مع ضرب استحسان واستحسان
الشي قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلم يصح رضاه قبل الروية ثم ينبغي لك ان تعلم
ان خيار الروية يثبت في شرا الاعيان ولا يثبت في الديون كالسلم والاثمان
وكذلك الثمن ان كان عينا يثبت للبايع الخيار فيه وخيار الروية انما يثبت في
كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشرا وما اشبه
ذلك من العقود التي ينفسخ العقد برده ولا يثبت خيار الروية في كل عقد لا ينفسخ
برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون
المرد ومضمونا بنفسه لا بما يقابله لان الرد في هذه المواضع لا ينفسخ بالرد لان بقاء العقد
وقيام العقد يوجب مطالبة العين فاذا قبض برده ايضا فيودي الى ما لا يتناهى كذا
في شرح الطحاوي قوله ومن باع ما لم يره فلا خيار له هذا الذي ذكره من لفظ القدوري
موقوف الى ابي حنيفة رضي الله عنه اخرا كذا في الايضاح وغيره وكان يقول اولا له الخيار وصفا
المعقود عليه وجدت في حقه فيثبت له الخيار كالمشتري وذلك لان العقد لا يلزم الا بتمام
الرضى زوالا وثبوتا اما زوالا فلان ملك البايع لا يزول عنه الا برضاه واما ثبوتا فلان
الملك لا يلزم على المشتري الا برضاه ثم تمام الرضى لم يثبت من البايع للجهالة فيثبت
له الخيار كالمشتري ولهذا لا يختص خيار العيب وخيار الشرط باحد الجانبين فكذا خيار
الروية الا ترى ان للبايع ان يرد الثمن بالزيافة كما ان للمشتري ان يرد المبيع بالعيب
الا ان البيع لا ينفسخ برد الثمن لعدم الاصالة في العقد وينفسخ برد المبيع للاصالة ولا
يقال خيار الروية ثبت بالحديث معلقا بالشرا فلا يثبت بالبيع لانا نقول الحكم في
الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود عليه فيثبت في الفرع
مثل حكم الاصل بمثل علة الاصل وهذا الجواب سنح به خاطري في هذا المقام وجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه المرجوع اليه ما روى اصحابنا في كتبهم ان عثمان بن عفان رضي
الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار
لطلحة فكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولان جانب
البايع لا يشبه جانب المشتري لان المشتري يطلبه خيرا مما اشترى فيرده
لفوات الوصف المرغوب والبايع لو رد لرد باعتبار ان المبيع زايد مما ظن فصار

فصار كما لو باع بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبايع خيار كذا في الايضاح قوله
وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى اشارة الي قوله له الخيار اي ثبوت الخيار للبايع لعدم
لزوم العقد بعدم تمام الرضى قوله زوالا اي في جانب البايع وثبوتا اي في جانب المشتري
والبيان مرانفا قوله ووجه المرجوع اليه اي القول المرجوع اليه قوله دونه اي دون
الشرا يعني لا يثبت الخيار في الشرا قوله ثم خيار الروية غير موقت بل يبقى الي ان يوجد
ما يبطله ذكر هذا تفريعا لمسيلة القدوري قال صاحب التحفة اختلف المشايخ
فيه يعني ان خيار الروية مطلق او موقت بعضهم قالوا انه يثبت مطلقا فيكون له
الخيار في جميع العمر الا اذا وجد ما يسقطه وبعضهم قالوا انه موقت بوقت امكان
الفسخ بعد الروية حتى لو تمكن من الفسخ بعد الروية فلم يفسخ سقط خياره وان لم يوجد
منه الاجازة والرضى صريحا ولا دلالة الي هنا لفظ كتاب التحفة والصحيح انه غير
موقت لانه خيار ثبت في المبيع حكما لانعدام الرضى فيبقى ما بقي السبب ولا يتوقت كخيار
العيب ثم خيار الروية يبقى الي ان يوجد ما يبطله وما يبطله هو الذي يبطل خيار
الشرط من تعيب يقع في المبيع او تصرف ثم تصرف المشتري ان كان تصرفا لا يمكنه
رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يتعلق به لحق الغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة
يبطل الخيار ويلزم البيع سواء كان ذلك التصرف قبل الروية او بعدها لان هذه الحقوق
تمنع الفسخ فلزم البيع فلما لزم تعذر الفسخ وبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير
كالبيع بشرط الخيار وعرضه علي البيع او هبته بلا تسليم فان وقع ذلك قبل الروية
لا يبطل خياره لانه لا يبطل بصريح الرضا قبل الروية بانه قال ابطلت خياري قبل ان يرى
فلان لا يبطل بدلالة الرضى اولي وان وقع بعد الروية يبطل خياره لانه يدل علي الرضى
فبالرضى بعد الروية يسقط الخيار صريحا كان الرضى او دلالة ثم خيار الروية بعد سقوطه
بالبيع او الاجارة او الرهن اذا عاد الي ملكه برد المبيع بقضا او بفك الرهن او بفسخ الاجارة
لا يعود خيار الروية لان الخيار بطل بعذره فلا يعود الا بعود مثل سببه ونقل في الفتاوى
الصغرى عن كتاب الصلح ان خيار الروية لا يعود الا في رواية عن ابي يوسف ونقل
في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوي ان الرد بخيار الروية فسخ قبل القبض او بعده
ولا حاجة الي قضا القاضي ولا الي رضا البايع ولكن يشترط حضرة البايع خلافا لابي يوسف
قوله والمساومة يقال سام البايع السلعة عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري
بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل علي سوم اخيه اي لا يشتري كذا ذكر
صاحب المغرب قوله لا يربوا اي لا يزيد قال ابن دريد وربا الشي يربوا ربوا اذا ارتفع
وكذلك ربا جلده ربوا اذا ورم واصابه ربو من مشي او عدو اذا علت النفسه قوله
ومن نظر الي وجه الصبرة او الي ظاهر الثوب مطويا او الي وجه الجارية او الي وجه
الدابة وكفلها فلا خيار له هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل ان روية جميع اجزاء
المبيع ليست بشرط لتعذرها لانها لا تتاتى فيكتفي بروية ما يدل علي المقصود
لان الغرض من الروية معرفة ما هو المقصود فاذا حصل روية ذلك صار كانه راى
الجميع فيسقط الخيار واذا ثبت هذا نقول لا يخلوا اما ان كان المعقود عليه شيا واحدا
او اشيا فان كان اشيا فلا يخلوا اما ان لا تتفاوت احاده كالمكيل والموزون والعددي

المتقارب

المتقارب فاذا راى البعض ورضي به يكون ذلك رضى بالبعض الذي لم يره اذا كان مثل ما
راي فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبرة مسقطا للخيار اذا كان الباقي مثل ذلك لان
روية البعض تعرف حال الباقي لان الحنطة والشعير تعرض بالنموذج ولكن هذا فيما اذا
كان المكيل في وعا واحد اما اذا كان في وعايين اختلف المشايخ قال مشايخنا العراق
روية احدهما كروية الكل وقال مشايخ بلخ لا يكون روية احدهما كروية الاخر لانهما شيان
متى كانا في وعايين والاصح هو الاول وهو المروي عن ابي يوسف كذا في التحفة لان تعريف
الباقي فيما اذا كان الكل في وعا واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعا وان كان يتفاوت
احاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطيخ في شريجة ونحو
الرمانات والسفرجلات في قفة فان روية البعض لا تعتبر روية في الباقي ويكون
علي خياره ما لم ير الكل لان روية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت وجعل الكرخي الجوز
والبيض في مختصره من العدديات المتفاوتة وقال رواه ابن شجاع عن الحسن
عن ابي حنيفة رضي الله عنه واختاره صاحب الايضاح لانه يختلف بالصغر والكبر
فلا يكون روية البعض دليلا علي روية الباقي وقال صاحب الهداية وكان ينبغي ان
يكون مثل الشعير والحنطة لكونها متقاربة والي هذا الوجه مال صاحب الفتاوى
الصغرى اما اذا كان المعقود عليه شيا واحدا كالعبد والجارية فراي دون ساير الاعضا
يسقط خياره لان الوجه هو المقصود في شرا بني ادم وغيره تبع ولهذا تتفاوت القيمة
بتفاوت الوجه وان كان ساير الاعضا سوا بين الجاريتين او العبدين ولو راي ساير
الاعضا دون الوجه فهو علي خياره لانه لم ير المقصود هذا في بني ادم واما في ساير
الحيوانات كالبغل والحمار ذكر ابن سماعة عن محمد انه قال ان نظر الي عجزه سقط خياره
وان لم ير فهو علي خياره جعل العجز في ساير الحيوانات كالوجه في بني ادم كذا في التحفة
وذكر الكرخي في مختصره ان ابا يوسف قال لا يكون النظر الي وجه الدابة مسقطا للخيار
الروية ولا اذا راي وجهها ومؤخرها فلا خيار له ونقل صاحب الاجناس عن كتاب
المجرد عن ابي حنيفة في الدابة اذا راي عنقها وفخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس
له خيار الروية ولو راي حافرها او ناصيتها او ذنبه فليس ذلك بروية ثم قال في
الاجناس قال في البيوع املا اذا راي وجه الدابة ومؤخرها ليس له خيار الروية
ولو راي احد الامرين فله خيار الروية وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف وان
كانت شاة قنية فلا بد من النظر الي الضرع وبقية جسدها وان كانت شاة
لحم فلا بد من الجسة حتى يعرف الهزال والسمن ثم قال فان راى ذلك من بعيد
ولم يجسه فله الخيار وذلك لان السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس
واما في غير الحيوانات فينظر ان كان شي منه مقصودا عند الناس في العادة كالوجه
في المعافر والطنافس يسقط الخيار بروية الوجه كما في بني ادم وان راى الظهر
لا يسقط كذا ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة رضي الله عنه وان لم يكن فيه شي
مقصودا كالكرباس يكون روية البعض كروية الباقي دون التفاوت في ثوب
واحد منه يسيرا الا اذا وجد الباقي دون ما راه فحينئذ يكون له الخيار وقال
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اذا كان في الثوب شي مقصود ولم يقع بصره

عليه نحو الاعلام فله الخيار وان كان المعقود عليه دارا قال الصدر الشهيد في اخر البيوع
من شرح الجامع الصغير قال في الكتاب اذا راى الدار من الخارج يبطل الخيار وكذا قال
في كتاب القسمة في البستان اذا راى الاشجار من الخارج يبطل الخيار ثم قال قال عامة
مشايخنا هذا في عرفهم فان الباطن لا يخالف الخارج فيقع التعريف فاما في بلادنا فان
الباطن يخالف الظاهر فلا بد من وقوع البصر على الباطن وقال في التحفة قال مشايخنا
تاويل ما ذكر في كتاب القسمة انه اذا لم يكن داخل الدار ابنية فاما اذا كان فيها ابنية
لا يسقط الخيار ما لم يرد اخل الدار كله او بعضه لان الداخل هو المقصود كالتبع ونقل في
العيون عن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى دهنا في قارورة
فنظر اليه في القارورة ولم يصب على راحته ولا على اصبعه منه شيئا فليس برؤية
وهكذا روى هشام عن محمد الى هذا لفظ العيون وذلك لان لون الدهن يتغير بلون
القارورة ثم قال في العيون وروى ابن سماعة عن محمد انه قال اذا راه في قارورة لم يكن
له خيار وذلك لان رؤيته من الخارج تعرف حال الدهن قال في التحفة لو نظر في
المراة فراى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما راى عينه وانما راى مثاله وعلى هذا قالوا
من نظر في المراة فراى فرج امراته عن شهوة لا تثبت حرمة المصاهرة ولو نظر الى فرج
امراته المطلقة طلاقا رجعيا عن شهوة في المراة لا يصير مراجعا لما قلنا ثم قال في التحفة
ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فراه في الماء قال بعضهم يسقط
خياره لانه راى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان الشي لا يرى في الماء
كما هو بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف حاله حقيقة واما اذا كان المبيع مغيبا
في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر في ظاهر الرواية قال صاحب
التحفة وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله انه قال ان كان شيئا يكال او يوزن
بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشتري شيئا باذن البايع او قلع البايع
برضا المشتري سقط خياره في الباقي لان رؤية البعض كرؤية الكل وان قلع المشتري
بغير اذن البايع لم يكن له ان يرد سواء رضي بالمقلوع او لم يرض اذا كان المقلوع شيئا له
قيمة عند الناس لانه صار معيبا لانه كان ينمو وبالقلع لا ينمو وحدوث العيب في
يد المشتري بغير صنعه يمنع الرد فبصنعه اولى وان كان شيئا يباع عددا كالفجل
والسلق ونحوهما فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل لان هذا من العدديات المتفاوتة
واذا لم يكن المقلوع شيئا له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب
ثم قال في التحفة وذكر الكرخي مطلقا من غير هذا التفصيل وقال اذا اشترى شيئا مغيبا
في الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما اشبه ذلك فله الخيار
اذا راى جميعه ولا يكون رؤية بعضه مبطلا خياره وان رضي بذلك البعض فخياره
باق الى ان يرى جميعه فيرضى او يرد وقال في الايضاح قال ابو يوسف اذا
اختلف البايع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا
اقدر على الرد وقال البايع اخاف ان قلعته لا ترضى به فالذي تطوع بالقلع
جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضي لانه لا يمكنه الاجبار لما فيه من الاضرار
وعلامته ان يعرض بالنموذج اي علامة الشي الذي لا تتفاوت احاده ان يعرض

على البيع

على البيع بالنموذج كما هو عادة بين الناس حيث يجاء السمسار شيئا قليلا من المكيل والموزون الى
المشتري حتى يراه فان اعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج بضم الهمزة معرب
قوله منها اي من الاشياء التي لا تتفاوت احاده **قوله** فحينئذ يكون له الخيار لان رؤيته
لم تعرف الباقي **قوله** من هذا القبيل اي من قبيل الذي لا تتفاوت احاده **قوله** فيما ذكره
الكرخي اي في مختصره وقد مر بيان ذلك انفا **قوله** والاول هو المروي عن ابي يوسف اراد
بالاول ما ذكره بقوله وهو والكفل في الدواب اي المقصود الوجه والكفل في الدواب
كذلك روى الكرخي في مختصره عن ابي يوسف وقد مر ذلك **قوله** من الجس اي اللمس
باليد **قوله** وفي شاة القنية اي في الشاة التي تتخذ للدر والنسل لا للتجارة **قوله** وفيما يطعم
من الذوق اي لا بد من الذوق كالدبس ونحوه **قوله** قال وان راى صحن الدار فلا خيار له اي قال
القدوري في مختصره ولم يذكر فيه ان رؤية خارج الدار مسقطة لخيار الرؤية وقال محمد في اصل
الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يرى الدار من خارجها او يرى
الثياب مطوية فيرى ظهرها ومواضع طيها ثم يشتريها قال لا يكون له خيار في شي من ذلك
وكذلك قال في كتاب القسمة في البستان ان رؤية الاشجار من خارج يمنع الخيار قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير في قول ابن ابي ليلى وزفر له خيار الرؤية ما لم يدخل في الدار
لان المقصود بالدار هو الداخل قال لو لم يوجد كتاب الجامع الصغير وقع على عادتهم وقد
مر بيان ذلك وقال في شرح الاقطع الصحيح ما قاله زفر ومراد محمد في الثياب اذا كانت
مشترية فالنظر الى مواضع الطي من الثياب يكون بمنزلة عيان الكل قال فخر الاسلام ولو كانت
مختلفة حتى غاب عن بصره طرف بعضها فله الخيار في الكل ولهذا في جزم الكواعد قال
في الجمهرة الدار باحتها **قوله** قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا
يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هما سواء وله ان يرده اي
قال في الجامع الصغير وصورة المسيلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل اشترى من رجل طعاما ولم يره فوكل المشتري رجلا بقبضه فقبضه قال ليس
للمشتري ان يرده الا من عيب وان ارسل المشتري رسولا بقبضه فقبضه فراه المشتري
فلم يرضه فله ان يرده وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل والرسول سواء وللمشتري ان يرده
اذا راه ان شاء اخذه وان شاء تركه وهذه من المسايل المعادة قال فخر الاسلام والمسيلة ان
للوكيل بالقبض هل يملك ابطال خيار الرؤية وانما يملك ابطاله عند ابي حنيفة رضي الله
عنه بان يقبضه وهو ينظر اليه فاما اذا قبضه مستورا ثم اراد بعدما نظر اليه ابطال
الخيار قصدا فليس له ذلك لذلك قال عامة مشايخنا هذا لفظ كتابه اما الوكيل بالشرا
فرؤيته كرؤية الموكل بالاتفاق فليس للموكل اذا راى ان يرده لان حقوق العقد راجعة الى
الوكيل بالشرا ووجه قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار فلا يتعدى الحكم من القبض
الى ابطال الخيار لان ابطال الخيار ليس من القبض ولهذا لو كان رسولا في القبض بان قال
ان فلانا يقول سلم الي ما اشتريته منك فقبضه الرسول وهو يراه لا يبطل خيار المرسل
وكذلك الوكيل بالقبض لو قبضه مستورا ثم اراد ابطال الخيار ليس له ذلك وكذلك
لو كان في البيع خيار الشرط او خيار العيب لا يسقط ذلك الخيار بقبض الوكيل فكذا
خيار الرؤية ووجه قول ابي حنيفة ان التوكيل بالشي توكيل باتمامه كالوكيل بالخصومة

في الدين فانه يملك قبض الدين لان القبض من تمام الخصومة وهنا ابطال الروية من تمام
القبض فثبت ابطالها مقتضى تتميم القبض لان القبض لا يتم مع خيار الروية ولهذا لا يملك
المشتري التفريق بعد القبض قبل سقوط الخيار اذا كان المشترى شيين فوجد باحدهما
عيبا ليس له ان يرده وحده كيلا يلزم تفريق الصفقة بل يردهما جميعا كما لو كان غير
مقبوض فعلم ان الروية من تمام القبض بخلاف ما اذا وجد باحدهما عيبا بعد سقوط الخيار
لوجود الرضى بالروية دلالة او صريحا حيث يكون له ان يرده وحده ولا يعتبر ذلك
تفريق الصفقة ثم الموكل يملك القبض التام والناقص فكذا الوكيل يملك التام وهو ان يقبضه
وهو يراه والناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه قايم مقامه ثم لما قبض الوكيل وهو ينظر اليه
صلح القبض دلالة الرضى لان الحال حال الرضى لانه قبض وهو ينظر فسقط الخيار مقتضى
تتميم القبض كقبض الموكل حالة النظر بخلاف ما اذا قبضه مستورا حيث لا يكون له ابطال الخيار
قصدا لانه لم يفوض اليه الابطال قصدا وانما يثبت له الابطال مقتضى تتميم القبض وهنا لما
حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به فليس له بعد ذلك ابطال الخيار بخلاف الرسول فانه لا
يملك الابطال اصلا اذ ليس له سوى تبليغ الرسالة لانه ينقل كلام المرسل فيكون القابض في الحقيقة
هو المرسل فيكون الى المرسل اتمام العقد وقال بعض مشايخنا في الفرق بين الوكيل والرسول
ان الوكيل بالقبض وكيل بما لا يتم القبض الا به والقبض في شرا ما لم يره لم يتم الا بعد الروية والرضا
بخلاف الرسول لان الرسول بالشي لا يكون رسولا به وبما لا يتم ذلك الشي الا به كالرسول بالشرا
لا يكون رسولا بالقبض وان كان تمام الشرا به فكذا هاهنا كذا ذكر الولوالجي في فتاواه واما خيار
الشرط فلا نص فيه عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذلك قالوا في شروح الجامع الصغير فيمنع
حينيذ ولا نسلم ولو سلم فالفرق ظاهر وهو ان شرط الخيار انما شرع للتروي في ان المبيع
هل يصلح ام لا وذلك لا يكون الا بعد القبض فكيف يكون القبض مسقطا للخيار ولهذا
لو قبضه الموكل ما اشتراه بشرط الخيار وهو يراه لا يسقط خياره فكذا اذا قبضه وكيله
اذ وهو يراه بخلاف خيار الروية فان للموكل لو قبضه وهو يراه سقط الخيار اذا
وجد الرضا دلالة وصريحا فكذا يسقط الخيار لو قبضه الوكيل لذلك واما خيار العيب
فانه لا يمنع تمام القبض لانه لم يشرع تتميما للقبض بل للتسليم الجزء الفايت فتم القبض
مع بقا الخيار ولهذا كان له رد المعيب خاصة بعد القبض ولا يكون تفريق الصفقة
قبل التمام فلما كان المقصود من خيار العيب تسليمه وقد فوض الموكل اليه الاستيفا لا
الاسقاط لم يملك الاسقاط قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله في الكتاب الا
من عيب يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب
كذلك ذكر الفقيه ابو جعفر ولم يسلم مسيلة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك
الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم الى هنا لفظ فخر الاسلام
وذكر في الفوايد الظهيرية صورة الوكيل بالقبض ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني
في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني **قوله** توكل اي قبل الوكالة
قوله ملكه بنوعيه اي ملك القبض بنوعي القبض وهما التام والناقص فكذا الوكيل
اي يملك الوكيل ايضا نوعي القبض لانه قايم مقام الموكل **قوله** وصار الشرط على
الخلاف ولا نص في خيار الشرط عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا قالوا في شروح

الجامع الصغير

الى

الجامع الصغير فيمنع حينيذ ولا نسلم ولو سلم فالفرق ظاهر وهو ان شرط الخيار انما شرع للتروي من
فعلى هذا يمنع ويقال لا نسلم ان خيار الشرط يصلح ان يكون مقيسا عليه لانه ليس فيه نص على
الاتفاق فيه بل يجوز ان يكون الحكم فيه ايضا كما في خيار الروية ولو سلم فالفرق بينهما ما
بيناه انفا **قوله** وبخلاف الرسول مر بيانه **قوله** وبيع الاعمى وشراوه جايز وله الخيار
اذا اشترى وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما جاز ذلك عندنا لانه اشترى
ما لم يره وذلك جايز بالحديث وقد مر في اول الباب وعند الشافعي رضي الله عنه
لا يجوز شرا الاعمى على احد قوليه وهو اختيار المزني ويصح سلمه اعتمادا على الوصف
وجوابه انه لو وكل غيره بالشرا جاز شرا وكيله فشراوه بنفسه اولى لان وكيله مشتر بامره
قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الاعمى يشتري
الشي قال نظره اليه جسه اذا كان مما يجس ثم قال ابو يوسف في الاعمى يشتري
الشي لم يره فيقول قد رضيته قال له ان يرده وقال ابو يوسف وان كان في مكان
لو كان بصيرا راه ثم قال قد رضيته لم يكن له ان يرده الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير وقال في الاصل والاعمى في كل ما اشترى اذا لم يقلب ولم يجس بالخيار فاذا
قلب وجس فهو بمنزلة المنظر من الصحيح ولا خيار له اذا لم يجد به عيبا وان وجد به
عيبا فهو بمنزلة الصحيح الى هنا لفظ الاصل ولم يرد على ذلك وانما قال في الكتاب
وله الخيار اذا اشترى لانه فيما باعه بمنزلة البصير اذا باع ما لم يره على ما قال
ابو حنيفة رضي الله عنه اعلم ان خيار الاعمى بما ذا يسقط اختلفت الروايات فيه
عن اصحابنا قال صاحب التحفة والحاصل ان ما يمكن جسه وذوقه وشمه يكتفي
بذلك لسقوط خياره في اشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك بمنزلة
نظر البصير لان ذلك اقصى ما يستدل به على معرفة الشي وفي رواية هشام عن محمد انه
يعتبر الوصف مع ذلك لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا فاما فيما لا يمكن جسه
كالثمر على روس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن
ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير على ما مر ذكره قال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي وما ذكر في الجامع الصغير بانه ان كان مما لا يجس مثل النخل والشجر فحتى
يقوم مقاما لو كان بصيرا راه فلا معنى له وقد كان ابو الحسن الكرخي رحمه الله ينكره
لان مقامه في ذلك الموضع وغيره سوا لا يستفيد به علما وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير روي عن الحسن بن زياد انه قال يوكل وكيلا حتى ينظر اليه
فيصير روية الوكيل كرويته وقال الفقيه ابو الليث قال بعضهم يوقف في
مكان لو كان بصيرا لكان يراه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال
وبه ناخذ قال في التحفة واما اذا كان المبيع دارا او عقارا فالاصح من الروايات انه
يكتفى فيه بالوصف فاذا رضي به كان بمنزلة النظر من البصير وقال في الشامل
وفي العقار قيل يوصف وقيل بمس الحايط والباب وقيل يوقف بحيث لو وقف البصير
لراه قال صاحب الايضاح وهذه الروايات لا تختلف فان المعتبر اقصى ما يتصور فيه
ثم قال فيه ولو وصف له ثم ابصر فلا خيار له لان الخيار قد سقط فلا يعود ولو اشترى
البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لانه كان اعمى عند العقد قال العراقي في كتاب

المقصور والممدود والربا والشرا اهل الحجاز يمدونه واهل نجد يقصرونه **قوله** وقد ذكرناه من
قبل اي ذكرنا جواز شرا ما لم يره وثبوت الخيار للمشتري قبيل هذا في اول الباب والاعمى فيما
يشتريه يكون كالبصير الذي يشتري ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير
قوله على ما مر آنفا اي في المسيلة المتقدمة **قوله** ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم
راى الآخر جاز له ان يردهما وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه اشترى شيئين
مختلفين بصفقة واحدة فلم يكن روية احدهما روية الآخر لتفاوتهما فبقي له الخيار كما لو لم
يرهما جميعا ثم اذا اراد ان يرد ما لم يره اذا راه ليس له ان يرده وحده بل يردهما جميعا
ان شا كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وكذلك الحكم في خيار الشرط لا يجوز له ان يرد المبيع
في احدهما دون الآخر وهذا لان خيار الروية والشرط يمنعان تمام الصفقة سوا كان المبيع
مقبوضا او غير مقبوض ولهذا يرد من له الخيار بلا قضا ولا رضا بخلاف خيار العيب فانه
اذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد باحدهما عيبا بعد القبض له ان يرد المعيب وحده
لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لانها لم تتم قبل القبض والمعنى في تفريق الصفقة لزوم الضرر على البايع لانه
ربما لا يمكنه ترويج احدهما بدون الآخر لجودة احدهما ورداة الآخر فمتى منع المشتري
عن الرد ايضا ضرر الا ان قبل القبض ضرر البايع اكثر لانه يلحقه ضرر مالي وضرر المشتري ليس
بمال بل هو ضرر ببطلان مجرد القول متى الزمناه رد كليهما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر
لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة وضرر البايع موهوم فانه ربما يمكن بيع المعيب
بثمن جديد فيدفع اعلى الضررين بادناهما ثم بعد القبض اذا وجد باحدهما عيبا ليس له الا ان
ياخذه جميعا كذا ذكر محمد في الاصل وذلك لان المالية ثابتة للمكيل والموزون باعتبار الجميع
فانه لا قيمة للحبة وامثالها فصار الكل كشي واحد حكما في حق الرد ولهذا جعل روية البعض
روية الباقي كما في الثوب الواحد بخلاف مسيلة الاستحقاق حيث قال في الشامل في قسم المبسوط
استحق احد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لان استحقاق احدهما لا يوجب نقصانا
في الآخر حقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان
فانه لا يمكن الانتفاع الا بالنهايود وان كان قبض احدهما دون الآخر ثم استحق احدهما له
الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل **قوله** ويكون فسخا من الاصل اي يكون
الرد بخيار الروية فسخا من الابتدا **قوله** ومن مات وله خيار الروية بطل خياره وهذا
لفظ القدوري في مختصره وانما يبطل خياره ولا يورث عندنا لان الارث فيما يحتمل الانتقال
لا فيما لا يحتمل الانتقال والخيار لا يحتمل الانتقال لانه صفة للمشتري كساير صفاته وخيار
العيب والتعيين يورث بالاتفاق وقد مر البحث مستوفي في باب خيار الشرط **قوله**
ومن اشترى شيا راى شيا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا خيار له
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان خيار الروية في شرا ما لم يره انما يثبت للجهل
بصفات المعقود عليه فاذا كان المبيع على ما راه من الصفة تحقق العلم بصفاته
بالروية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالروية المتقدمة فلم يبق له الخيار الا اذا كان
لا يعلم المبيع هو الذي راه قبل البيع فحينيذ يكون له الخيار لانتفا رضاه به ومن صورته
ما نقل في الفتاوى الصغرى عن نسخة خواهرزاده انه اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان راه من قبل

وهو لا يعلم

وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المري ثبت له خيار الروية لا يكون راضيا به ومن صورته ما نقل
في خلاصة الفتاوى عن الاصل في رجل راى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم
راها بعد ذلك بمدة يبيعها فاشتراها منه متنقبة ولم يعلم انها هي التي راها فله الخيار
لعدم الرضا وقال فيها ايضا ولو راى ثوبين في يده فلف احدهما في ثوب وباعه له
الخيار ولو لفهما وباعهما منه هذا بعشرة وهذا بعشرين له الخيار لانه عشر جعل على التمييز
لا ردا لهما ولو باعهما بثمن واحد لا خيار له **قوله** فان وجده متغيرا فله الخيار وذلك لانه لما
تغير صار كانه لم يره اصلا لان الروية السابقة معلمة فيكون وجود تلك الروية وعدمها
سوا **قوله** فان اختلفا في التغير فالقول للبايع وانما ذكر هذه المسيلة في الهداية تفريعا وان
لم تذكر في البداية لاجل انها ليست بمذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري وهي من
مسايل الاصل قال فيه فان اختلفا فقال المشتري قد تغير وقال البايع لم يتغير فالقول في
ذلك قول البايع مع يمينه وعلى المشتري البينة الى هنا لفظ الاصل وذلك لان دعوى التغير
بعد وجود سبب لزوم العقد وهو رويته ما يدل على المقصود من المعقود عليه دعوى امر
عارض لان دعوى التغير لا يخلو اما ان يكون دعوى العيب او تبدل هيية المبيع وكل منهما
عارض فالقول قول من يتمسك بالاصل وهو البايع بخلاف ما ذكر الكرخي في مختصره فيما
اذا اختلفا في الروية فقال البايع بعتك ما رايت وقال المشتري لم اره فالقول قول
المشتري مع يمينه ولو اراد المشتري ان يرده فاختلفا فقال البايع ليس هذا ما بعتك
وقال المشتري هو ما بعتني فالقول ايضا قول المشتري قال الكرخي في مختصره وهذا
قول اصحابنا جميعا قال في الايضاح وكذلك اذا اختلفا مثل ذلك في خيار الشرط وان
اختلفا في الرد بالعيب فالقول قول البايع لان المشتري في خيار الروية وخيار الشرط ينفرد
بالفسخ من غير ان يتوقف على قضا القاضي فاذا انفسخ العقد بقوله يكون الاختلاف بعد
ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع
وفي الرد بالعيب لا ينفرد بالفسخ وانما يدعي المشتري ثبوت حق الفسخ في الذي احضره
والبايع ينكر ذلك ان يكون هو الذي باعه فيكون القول قوله قال في الفتاوى الصغرى
اذا اشترى شيا راه قبل ذلك فقال وجدته متغيرا ذكر خواهرزاده وقال القاضي
الاسبيجابي انه لا يصدق ولم يزد على هذا وذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله هذا اذا لم
تطل المدة بحيث يعلم انه لا يتغير اما اذا طال الا قال محمد رحمه الله ارايت لو راى جارية
ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت الا يصدق بل يصدق لان
الظاهر شاهد له وبه يفتى فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبايع
وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري كما قال شمس الايمة السرخسي وذكر في الكافي اذا نظر
الى مملوكه او دابته ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشتري تغير عن حاله
الذي رايته عليه فعليه البينة وعلى البايع اليمين ولم يصدق المشتري في قليل المدة واعتبر
الشهر قليلا في حق هذا الحكم لانه لا يتغير في مدة الشهر غالبا الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى
قوله الا بعد المدة استثنا من قوله فالقول للبايع **قوله** على ما قالوا اشارة الى ما ذكر شمس
الايمة السرخسي وقد مر آنفا **قوله** بخلاف ما اذا اختلفا في الروية متصل بقوله فان اختلفا
في التغير فالقول للبايع يعني ان في اختلافهما في الروية يكون القول للمشتري وقد مر بيانه

انتهى قوله ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد
شيا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير
وانما لم يكن له رد الباقي بعد البيع والهبة والتسليم في خيار الروية وخيار الشرط لانهما
يمنعان تمام الصفقة لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل
التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له ان يقول اشتريت بعضه
دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الروية ايضا لان كل واحد
منهما لا يجب بما ملكته عوض مالي حتى اذا ابطل يبطل لا الى بدل واما في خيار العيب
فله ان يرد ثوبا دون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة الا بعد التمام لان خيار العيب لا
يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه بعد القبض وانما لم يمنعه لان العقد وقع على التسليم
والظاهر هو السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتتم الصفقة لتمام الرضى والتفريق
بعد تمام الصفقة جايز ثم للمشتري ان يرد المعيب ان شا المغرور من البايع وان شا
رضي به قال في المغرب الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية وقال
في الجمهرة الزط هذا الجيل ليس بعربي وقد تكلمت به العرب قال الشاعر
نجينا يحيى وابل وبلغها • وجات تميم زطها والاساوره انتهى وفيه وضع
المسيلة اي في القبض وضع المسيلة يعني في المقبوض فاذا كان كذلك تمت الصفقة
مع العيب قوله ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الروية كذا ذكر شمس الايمة
السرخسي وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري
الى هنا لفظ كتاب الهداية ولم يذكر هذه المسيلة في الجامع الصغير وفي كتاب البيوع
من الاصل وانما ذكرت في الاصل في كتاب الصلح في باب الخيار والمذكور في كتاب
الصلح على خلاف ما ذكر صاحب الهداية قال من اشترى شيا لم يره وباعه ممن
لم يره فرده عليه الثاني بخيار الروية ليس له ان يرده بخلاف العيب لان ثبوت
حق الغير في المبيع يبطل خيار الروية كذا في الشامل في قسم المبسوط من كتاب الصلح
ولم يذكر رواية ابي يوسف في الاصل وانما نص على رواية القدوري في شرحه
وقال لا يعود خيار الروية واعتمد عليه وقال في الايضاح روى ابو يوسف انه
اذا وجب الحق للغير ثم انتقض الحق الذي وجب وعاد الى ما كان لم يعد خيار
الروية نحو ان باع ثم رد عليه بعيب بقضا قاض او فك المرهون او انقضت مدة
الاجارة ولان الخيار قد بطل فلا يعود الا في رواية عن ابي يوسف وقد مر هذا مرة عند
قوله ثم خيار الروية غير موقت فاقول يحتمل ان يكون عن ابي يوسف روايتان لان
رواية القدوري عن ابي يوسف غير رواية الفتاوى الصغرى ومعنى قوله عاد اليه
بسبب هو فسخ اي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه او وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان
رد عليه بقضا في البيع ونقضا او غير قضا في الهبة وكذا اذا رد عليه في البيع بخيار شرط او روية
وسيجي تمام ذلك في كتاب الهبة وشمس الايمة هو ابو بكر محمد بن ابي سهيل السرخسي صاحب
التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين واربعماية سنة توفي ابو بكر
خواهرزاده • وقد مر ذكر السرخسي مرة في كتاب الطهارة في باب الما الذي يجوز به الوضو
والامام القدوري رحمه الله هو ابو الحسين احمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان

وعشرين

وعشرين واربع مائة وفي هذه السنة توفي ابو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ ابي عبد الله
الجرجاني وهو تلميذ ابي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي رحمهم الله والله اعلم باب
من وجه ترتيب الخيارات قوله واذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار
ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس له ان
يمسكه وياخذ النقصان والاصل في ثبوت الخيار بسبب العيب ان اطلاق العقد يقتضي السلامة
في المعقود عليه في عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا ثم اذا عدم وصف
السلامة كان للمشتري الخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا رده كيلا يلزمه ضرر بالتزام
ما لم يرض به يدل على ذلك ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح وقال ويذكر عن العدا
بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد
بيع المسلم المسلم لا دا ولا خبثة ولا غايلة ثم قال في الصحيح وقال قتادة الغايلة الزنا والسرقة
والاباق والمشتري هو رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ترى وروى بن شاهين في المعجم
عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثني
عبد المجيد بن وهب ابو وهب قال قال لي العدا بن خالد بن هوذة الا اقريك كتابا كتبه لي رسول
الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العدا بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله عبدا او
امة لا دا ولا غايلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم والمشتري هو العدا كما ترى وانت في الفايق كما
في المعجم قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري الدا ما يكون بالرقيق من الادوا التي
يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الافات والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل
ان يسبى من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة
على وزن الخيرة اذا كان ممن يطيب سبيه ويحل استرقاقه ومعنى الغايلة ما يغتال حقك
من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وقال الزمخشري في فايقه الغايلة الخصلة
التي يغول المال اي تهلكه من اباق او غيره ويدل على ما قلنا ما روى صاحب السنن
باسناده الى عروة عن عايشة رضي الله عنها ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شا الله
ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول
الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان اي الغلة بسبب
الضمان ثم ليس للمشتري امساك المبيع واخذ نقصان العيب لانه حينيذ يلزم الضرر على
البايع فلا يجوز وهذا لان البايع لم يرض بان يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فعلى اخذ
النقصان يلزم ان يكون الثمن اقل مما رضي به المشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا يمكن
تداركه ذلك برد المبيع فلا ضرورة في اخذ النقصان ولان الوصف لكونه تبعا لا يقابله شي
من الثمن بمجرد العقد الا اذا صار مقصودا بالتناول كما اذا حدث عند المشتري عيب
اخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البايع وسيجي ذلك ان شا الله تعالى قال
صاحب الهداية والمراد به عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند العقد او القبض
لانه اذا راى ذلك عند احد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة وكذا اذا لم
يكن هذا العيب الذي ظهر عند المشتري موجودا عند البايع لم يكن للمشتري ان يرده
قوله قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب اي قال
القدوري في مختصره واراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال اولا اذا اطلع

للمشتري علي عيب فهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده ودفع الحاجة الي
معرفة العيوب فبين العيب بهذا الكل يعني ان كل ما انقص الثمن عند التجار فهو عيب
وما لا فلا وذلك لان المبيع انما جعل محلا بصفة المالية فما ينقص الثمن ينقص المالية لا
محالة فيكون عيبا ولكن طريق معرفة نقصان الثمن الي اهل الخبرة وهم التجار ثم
تفصيل العيوب علي ما ذكر صاحب التحفة علي نوعين احدهما ما يوجب فوات
جزء من المبيع وتغييره من حيث الظاهر دون الباطن والثاني ما يوجب النقصان
من حيث المعني دون الصورة اما الاول فكثير نحو العمي والعور والصمم والشلل والزمانة
والاصبع الناقصة والسن السود او السن الساقطة والظفر الاسود والخرس والكلم
والقروح والشجاج وانر الجراح والامراض كلها التي في ساير البدن والحميات وهذا
كله ظاهر واما الثاني فنحو السعال القديم وارتفاع الحيض في زمان طويل ودناه
شهران فصاعدا في الجواري ومنها صهوبة الشعر والشمط والشيب في العبد والجواري
والبخر عيب في الجواري دون العبيد الا ان يكون فاحشا ويكون عن دا وكذلك الدفر
ومنها الزنا عيب في الجواري دون العبيد والحبل عيب في الجارية لا في البهايم والنكاح
في الجارية والغلام عيب والكفر عيب في الجارية والغلام ومن هذه الجملة الاباق والسرقة
والبول في الفراش والجنون قال في العيون قال هشام قال سمعت ابا يوسف يقول
لو ان رجلا اشتري عبدا قد احتلم وجارية قد حاضت ولم يختن العبد ولم تخفض الجارية
قال ان كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب وان كان صغيرا فليس بعيب
وقال في الايضاح وحذف الحروف في المصحف او في بعضه عيب لانه يوجب نقصان
الثمن قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ
فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وهذا لفظ القدوري في مختصره وحاصل
الجواب فيها ما قال في التحفة انها في الصغير الذي لا يعقل ولا ياكل وحده لا يكون عيبا
لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشيا فلا يثبت وجود العيب بالاحتمال فاما اذا كان صبيا
عاقلا فانه يكون عيبا ولكن عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد لا عند الاختلاف بان يثبت
انه ابق عند البايع ثم ابق عند المشتري كلاهما في حالة الصغر او كلاهما في حالة الكبر لان سبب
وجوب هذه الاشيا في حالة الصغر عيب وهو قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة
وفي حالة الكبر يكون السبب سوء اختياره وداء في الباطن فاذا اتفق الحالان علم ان السبب
واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البايع فاما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز ان يزول
الذي كان عند البايع ثم حدث النوع الاخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد
اذا حم عند البايع ثم حم عند المشتري فاذا كان هذا الثاني غير ذلك النوع لا يثبت
حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد الي هنا لفظ التحفة قوله فليس ذلك
بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ يعني اذا وجد من الصغير احد العيوب الثلثة في صغره
ثم بيع فبلغ في يد المشتري ثم وجد احد هذه الاشيا في يده لا يعتبر ذلك عيبا لاختلاف
الحالة الا اذا عاوده بعد البلوغ في يد البايع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون
ذلك عيبا لاتحاد الحالة قوله والجنون في الصغر عيب ابدا قال في الجامع الصغير واذا
جنت وهي صغيرة فهذا عيب ابدا قال صاحب التحفة الجنون اذا ثبت وجوده

عند البايع

عند البايع هل يشترط وجوده ثانيا عند المشتري بخلاف السرقة والاباق والبول في الفراش
فانه ما لم يوجد عند المشتري لا يثبت حق الرد وقال بعضهم لا يكون له حق الرد ما لم
يوجد ثانيا عند المشتري كما في الاباق ونظايره الا ان الفرق ان في الجنون لا يشترط اتحاد الحالة
بان جن عند البايع وهو صغير عاقل ثم جن عند المشتري بعد البلوغ فانه يثبت حق الرد وفي
الاباق ونظايره لا يثبت حق الرد الا عند الاتحاد الحالة وقال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير من مشايخنا من قال معني هذا انه اذا ثبت الجنون عند البايع وجب الرد وان
لم يعاود عند المشتري ثم قال فخر الاسلام وهذا غلط قد نص محمد في بيوع الاصل وفي
الجامع الكبير وغير ذلك ان الرد ليس يثبت بعيب الجنون الا ان يعاوده عند المشتري لان
الله تعالي قادر علي ان يزيله فلم يكن من ضرورة وجوده يوما بقاؤه ثم قال وانما معني
ما قال محمد في الكتاب انه متى جن عند البايع مرة ثم اصابه ذلك عند المشتري فهو
الاول وان تقادم العهد لان المعاودة دليل علي قيامه لانه معني واحد هو فساد في
الباطن والي هذا ذهب الصدر الشهيد وصاحب الهداية وقد مال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير الي ان المعاودة في يد المشتري لا يشترط لان الجنون عيب
لازم ابدا لانه يخاف ان يعود كل وقت لان الجنون لفساد في الدماغ فاذا كان هكذا
يكون ذلك عيبا ابدا وللمشتري ان يرده ولا يقال فيما ادعى فخر الاسلام من تنصيص
محمد في الاصل نظر لان محمدا قال فيه والجنون عيب اذا جن مرة واحدة فهو عيب
لازم ابدا هذا لفظ الاصل ولم يشترط فيه المعاودة في يد المشتري كما ترى لانا نقول
قد قال محمد بعد ذلك قريبا من صفحة وان طعن المشتري باباق او جنون ولا بينة له فانه لا يستحلف البايع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن
عنده وقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى كما اشترط في الاباق اما ما قاله من
التعليل بقوله لان الله تعالي قادر علي ان يزيله فلم يكن من ضرورة وجوده يوما
بقاؤه ففيه نظر لان قدرة الله تعالى علي الازالة تدل علي امكان الزوال فلا يلزم
من الامكان الوقوع علي انا نقول زوال الجنون بعد ثبوته نادر فلا اعتداد به وجملة
القول هنا ما قال الشيخ الامام ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير
قال وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد يقول ان المشتري لو اثبت وجود هذه
العيوب عيوبا لازمة لا زوال لها بعد ثبوتها في شخص غير ان الجنون لازم سوا اثبت
في حالة الصغر او في حالة الكبر لانه لفساد في محل العقل وهو الدماغ وهو مما لا زوال
له والبول في الفراش في حالة الصغر لضعف المثانة والضعف قبل البلوغ شامل
في الاعضا كلها ثم عند البلوغ تكمل اعضاؤه وتشتد فكذا هذا فاذا بلغ ومع هذا بال
دل انه كان المعني اخر سوي ذلك الضعف الاصلي وهو ثبوت ضعف في المثانة
لسبب اخر فحينيذ يكون عيبا لازما وكذا السرقة والاباق في الصغر لغرام وقلة تمييز
في الصبيان وهما يزولان بالبلوغ فاذا اثبت شي منها بالبلوغ علم انهما لشرارة طبع
عليها وخبث وسوء دخلة جبل عليهما وهذا مما لا زوال له فثبوته في وقت يدل
علي بقايه الي ان يموت فكان له ان يرد بذلك لان ثبوته عند البايع يظهر انه
ثابت عند المشتري ايضا ثم قال الشيخ ابو المعين وكثير من مشايخنا يذهبون الي

هذا في الجنون وفيما وراء ذلك يقولون لا يثبت للمشتري حق الرد ما لم يثبت ان هذه
العيوب موجودة عنده لان الجنون لفساد في الدماغ وهو مما لا يرتفع عادة ولهذا
قال محمد الجنون عيب لازم ابدا والاسباب الحاملة على الاباق والسرقة والبول في الفراش
من الخبث والشرارة وضعف المثانة يمكن زوالها وارتفاعها وكثيرا ما ينزجر
الشرير الخبيث ويرتدع فيتوب ويصير من اصلح عباد الله واكثرهم خيرا وضعف
المثانة مما يزول وان كان بعد البلوغ لموافقة بعض الاغذية واشباه ذلك فما لم يثبت
عند المشتري لا يثبت له حق الرد ثم قال الشيخ ابو المعين وعامة مشايخنا لا يفرقون
بين الجنون وغيره بل يقولون كل ذلك متصور الزوال فما لم يثبت عند المشتري لا يثبت
له حق الرد ثم فالتصور الزوال وارتفاع السبب الحامل وكم من مجنون افاق ثم لم يعد اليه
وكذا غيره فاذا وجد شيء منها عند المشتري علم بقاء السبب الموجب الحامل عليه فيثبت
حق الرد غير ان السبب الحامل على البول في الفراش والسرقة والاباق في الصغر غير السبب
لا محالة فلا يثبت له حق الرد لجواز انه حدث عنده لمعنى اخر ما لم يكن وجد عند البائع
في الكبر فاما الجنون فلا يكون الا لفساد في محل العقل وهو الدماغ نكنى اي وقت ظهر
فهو بذلك السبب فلم يكن عن عيب حادث وهذا معنى قول محمد الجنون عيب لازم
ثم قال الشيخ ابو المعين وحكى عن الشيخ ابي بكر الاسكاف البلخي ان الجنون ايضا بمنزلة البول
في الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن للمشتري ان يرد بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر
اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر وانما ثبت له حق الرد اذا كان الجنون عند البائع
في حالة الكبر ايضا ووجه ذلك ان سببه في الصغر الضعف الشامل على الاعضا وهو
يزول في الكبر كما في ضعف المثانة وفي حال الكبر لفساد اختص به محل العقل والصحيح ما ذهب
اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره
ولهذا يظهر اثار العقل في الصغار ثم يزداد بعد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون نابتا
لفساد فيه ثم قال الشيخ ابو المعين وكان علي الرازي يقول البول في الفراش انما لا يعد
عيبا يرد به اذا كان صغيرا فاما اذا كان كبيرا بان كان ابن عشر سنين واشباه ذلك
فهو عيب يرد به هذا حاصل ما ذكره الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
قوله ومعناه اذا جن في الصغر الى اخره اي معنى كون الجنون في الصغر عيبا ابدا
ان لا يختلف الحال بين حالة الصغر والكبر قوله وليس معناه اي ليس معنى قوله
ابدا ان لا يشترط المعاودة في يد المشتري وهذا نفي لقول بعض المشايخ انه لا
يشترط المعاودة وقد مر بيان اختلافهم انفا قوله والبخر والدفر عيب في الجارية
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس بعيب في الغلام الا ان يكون من
داء وقال الكرخي في مختصره البخر عيب في الجارية ولا يكون عيبا في الغلام الا ان يكون
من داء ثم قال والدفر في الجارية عيب وليس بعيب في الغلام الا ان يكون من ذلك شيء
فاحش لا يكون في عامة الناس وهو مع ذلك ينقص الثمن ولفظ محمد في الاصل كما ذكر الكرخي
وقال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه اربعة اشيا عيب في الجارية دون الغلام
الدفر والبخر والزنا وولد الزنا وذلك لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه
المعاني تمنع منه فكانت عيبا فيها بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت فلا

يكون

يكون هذه المعاني مانعة منه فلم تعد عيبا بخلاف ما اذا كان من داء فحينئذ يكون
عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب ونقل في الاجناس عن البيوع للحسن بن زياد قال ابو
حنيفة رضي الله عنه الدفر ليس بعيب في الجارية ولا في الغلام الا ان يكون دفرا فاحشا الريح
فيكون عيبا في الجارية دون الغلام ثم قال وفي البيوع املا الدفر ليس بعيب في واحد
منهما والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه الى هنا لفظ الاجناس وقيل اذا
كان العبد امرد يكون البخر فيه عيبا والاصح ان الامرد وغيره سواء كذا في خلاصة الفتاوى
والبخر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بخر ماخوذ من بخر القدر او بخار الدخان
وهذا البخور الذي يتبخر به من ذلك كذا في الجمهرة والدفر نتن رائحة الابط قال في
الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامراة دفرا وتقال للمراة يا دفار معدول وقد شممت
دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها واما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب او نتن
وربما خص به الطيب فقيل مسك اذفر كذا في الجمهرة وقال فيها وصفت امراة من
العرب شيخا فقالت اذبر دفره واقبل بخره قوله وهما يخلان به اي البخر والدفر
يخلان بالاستفراش قوله والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام هذا لفظ
القدوري في مختصره قال محمد في الاصل واذا كان زانيا وولد زنا لم يكن له ان يرده لان هذا
ليس بعيب في الغلام وهو في الجارية عيب يردها منه اذا كانت زانية او ولد زنا لانها توطأ
وتستخدم ولد هذا لفظ الاصل وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والزنا في الجارية عيب
وليس ذلك بعيب في الغلام في معنى المال وان كان عيبا في الدين قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ولو اشترى عبدا فوجده زانيا لا يكون عيبا لان فيه زيادة قوة وزيادة
الغوة لا يكون عيبا الا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده عنينا فله ان يرده فكذلك ها هنا
وذكر ابو يوسف في الامالي وذكر الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة انه قال اذا اشترى عبدا على
انه خصي فاذا هو فحل لزمه ذلك واما اذا اشترى على انه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه فكذلك
هذا في هذه المسألة والتحقيق هنا ان يقال ان الزنا مفسد للفراش وذلك مقصود في الجواري
دون العبيد ولذلك كان الزنا عيبا في الجارية دون الغلام قال مشايخنا الا ان يكون
مدمنا للزنا يتقطع به عن خدمة المولى فيكون حينئذ عيبا واذا كانت الجارية وولد
الزنا فهو عيب يراد للاستيلاد ويعير ولدها بذلك وليس بعيب في الغلام لانه يراد
للخدمة كذا في الايضاح وغيره والفقيه ابو الليث اورد سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو وجده
سارقا كان له ان يرد والمعنى في ذلك انه لا يؤتمن على الخزانة والاموال فاذا كان زانيا
لم يكون عيبا لانه لا يؤتمن على الجواري والخدم قيل اذا كن مستورات يمكنهن حفظ انفسهن
واذا اشتغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الامر فكذلك المعنى لا يكون عيبا قوله لان
اتباعهن من اضافة المصدر الى المفعول اي لان اتباع الغلام النساء قوله والكفر عيب
فيهما اي في الغلام والجارية قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن
اشترى عبدا فاذا هو يهودي او نصراني او مجوسي او اشترى امة فوجدها كذلك
قال كل هذا عيب يرد منه وهذا لان المسلم كلما مرغب في صحبة الكافر ويغفر
عنه فكان الكفر سببا لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيبا ولانه لا يجوز صرف
الكافر الى كفارة القتل خطا بالاجماع ولا يجوز صرفه الى كفارة اليمين والظهار عند بعض

الناس فاختلفت الرغبة قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اشتراه على انه مسلم
فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه
شرط العيب فوجد السلامة وقال الشافعي رضي الله عنه يرد به لانه فات شرط مرغوب
لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب
ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات الا ترى انه لو اشتراه على
انه مسلم فوجده كافرا ولو اشتراه على انه اعمى فوجده بصيرا لم يرده فاقول ذكر الكفر
فيما اشتراه على انه كافر يكون للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف
القبيح لا محالة فاذا ظهر مسلما كان سليما عن عيب فلا حاجة الى الرد قوله فلو كانت الجارية
بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهما عيب اي عدم الحيض وهو ارتفاع الحيض والاستحاضة
كلاهما عيب وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة انه قال الجارية التي لا تحيض الكبيرة البالغة او المستحاضة هذا فيها عيب وقال
محمد في الاصل والمستحاضة والتي يرتفع حيضها زمانا فهذا كله عيب وفسر في التحفة
ادنى ذلك الزمان بشهرين وقد مر ذلك في اول الباب وانما كان ارتفاع الدم في
اوانه والمستحاضة عيبا لان العادة الاصلية في النسا التي هي حال السلامة الحيض
في اوانه فاذا بلغت اوان الحيض وارتفع ذلك زمانا كان دلالة دا في الباطن
قالوا ويعتبر في ذلك اقصى ما ينتهي اليه ابتدا حيض النسا في العادة وهو سبعة
عشر سنة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا اذا ظهرت مستحاضة تكون ذلك لدا
في باطنها فكان له ردها بذلك العيب قال الامام العتابي رحمه الله وغيره وانما
يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى
مع ذلك بالله لقد سلمتها بحكم البيع وما بها هذا العيب وان نكل ترد بنكوله هذا اذا
كان بعد القبض وان كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه
المشتري في الحال وعلى هذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف في مسئلة
البكارة اذا اشترى جارية على انها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البايع
هي بكر في الحال فان القاضي يرى النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من
غير يمين البايع لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو ان الاصل هو البكارة وان قلن
هي ثيب لم يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لان شهادتهن ضعيفة وحق
الفسخ حق قوي ولشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين
على البايع فيحلف البايع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان
قبل القبض بالله انها بكر وروي عن محمد انها ترد على البايع بشهادتهن من غير يمين
البايع فكذلك هاهنا ترد من غير يمين البايع وقال في الفتاوى الصغرى اذا اشترى
جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الدا
والحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النسا فان قلن هي بكر حبلى يحلف البايع ان ذلك
لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البايع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض
بسبب الدا يريها لاثنين من اطبا المسلمين فان ثبت العيب يحلف البايع كما
تقدم وان لم يثبت لا يحلف والمرجع في معرفة الحبل قول النسا وفي معرفة الدا الاطبا وفي

فتاوى الفضلي العيب الذي لا يثبت الا بقول الاطبا ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق
سماع الخصومة بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة سماع الخصومة
في باب العيوب من شرح ادب القاضي وفي شرح الطحاوي الى هذا اللفظ كتاب الفتاوى
الصغرى وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وان كان العيب خفيا لا
يطلع عليه الا الاطبا يثبت بقول عدل منهم لقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون وهم اهل الذكر في هذا الباب وكذا ان كان لا يطلع عليه الا النسا يثبت بقول
واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان احوط وهذا لان هذه الشهادة مما لا يقضى به
على الخصم بشي والعدد شرع غير معقول المعنى فيما يقطع به الحكم على الخصم فلم يتعدها ورا المورد
الشرع فاما العدالة فلا بد من اشتراطها لانه بها ترجح جهة الصدق على جهة الكذب وقال
صاحب التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص من الناس كالاطبا والنخاسين
فانه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب فان اجتمع على ذلك العيب رجلان
مسلمان او قال ذلك رجل مسلم عدل فانه يقبل قوله ويثبت العيب في حق اثبات الخصومة
ثم بعد هذا يقول القاضي للبايع هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان
لم يكن عليه بينة استحلف البايع من الوجه الذي ذكرنا فان حلف لم يرد وان نكل قضى
عليه بالرد الا ان يدعي الرضا او الابرا وان كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه
النسا فانه يرجع الى قول النسا فيري امراة مسلمة عدلة والثنتان احوط فاذا شهدت
على العيب ففي هذه المسئلة عن ابي يوسف روايتان وكذا عن محمد روايتان في رواية
فرق ابو يوسف بين ما اذا كان المبيع في يد البايع او في يد المشتري وقال ان كان في
يد البايع رد المبيع بشهادتهن لان ما لا يطلع عليه الرجال ينزل المراة فالواحدة فيه
بمنزلة البينة فيثبت العيب بقولها والعيب الموجود عند البايع يفسخ به العيب وان
كان بعد القبض اقبل قولها في اثبات الخصومة ولا اقبل في حق الرد على البايع لان المبيع
دخل في ضمان المشتري فلا انقل الضمان الى البايع بقول النسا ولكن اثبت حق الخصومة
ليثبت الاستحلاف وفي رواية قال ان كان العيب مما لا يحدث مثله يفسخ بقولها
لان العيب قد ثبت بشهادتهن وقد علمنا كون العيب عند البايع بيقين فيثبت حق
الفسخ وان كان عيبا يحدث مثله لم يثبت عليه الرجال حق الفسخ بقولهن ولنا عن محمد في
رواية قال لا يفسخ بقولهن وفي رواية يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن لان قولها فيما لا
يطلع عليه الرجال كالبينة قوله ويعرف ذلك اي تعرف استمرار الحيض وانقطاعه
قوله فترد اذا انضم اليه نكول البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح اي ترد الامة اذا انضم الى
قولها بانها لا تحيض او هي مستحاضة امتناع البايع عن اليمين وانما قال هو الصحيح احترازا عما قالوا
في شروح الجامع الصغير من قياس قول محمد في مسئلة البكارة انها ترد بشهادتهن من غير يمين
البايع ان كان قبل القبض فكذا هنا وقد مر ان النكاح عيب في المراة والرجل جميعا وعلل
محمد في الاصل بقوله لان فرج الجارية عليه حرام اذا كان لها زوج ولان العبد يلزمه نفقة المراة
قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن البائن لا اذا اشترى
جارية قد ولدت عند البايع لا من البايع او عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد
هل له ان يرد فيه روايتان على رواية البيوع لا يرد اذا لم يكن بسبب الولادة نقصان

ظاهر وعلى رواية المضاربة نزد لان على تلك الرواية البلوغ لا تزول عيب الولادة لازم لان
التكسر الذي تحصل بسبب الولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى ونفس الولادة عيب في
بني ادم وفي البهايم لا وكتبنا هذه المسايل لكثير الفوايد **قوله** واذا حدث عند المشتري
عيب واطلع على عيب كان عند البايع ان ياخذه بعيبه وقوله ولا يرد المبيع برفع الدال
لا غير لفساد المعنى على تقدير النصب وقال مالك يرد المشتري مع نقصان العيب
الذي حدث عنده وهي مسيلة المختلف وقال في وجيز الشافعية العيب الحادث مانع
من الرد وطريق دفع الظلامة ان يضم ارش الحادث الى المبيع ويرده او يغرم البايع
ارش العيب القديم فان تنازعا في تعيين احد المسلكين فالاصح ان طالب الارش القديم
اولى بالاجابة لان ارش العيب الحادث غرم دخيل لم يقتضيه العقد الى هنا لفظ وجيزهم
والاصل هنا ان رد السلعة بالعيب متى تعذر لا بفعل وجد من المشتري كان له الرجوع
بنقصان العيب اذا لم يصل اليه عوضه لا تعذر الرد وعدم رضاه بالعيب وانما تعذر
الرد لان شرط الرد ان يرده على البايع كما قبضه منه فاذا ظهر فيه عيب حادث فات
شرط الرد فلاجل هذا تعذر الرد وانما يرجع بالنقصان لان المشتري لم يرض بالمعقود
عليه الا سليما فلو لم يكن له حق الرجوع بالنقصان لتضرر المشتري فراعينا حقه
بايجاب نقصان العيب الا اذا رضي البايع ان ياخذه بالعيب الحادث فله ذلك
لانا انما قلنا بتعذر الرد لحق البايع فلما رضي اسقط حقه بخلاف ما اذا كان المبيع عصيرا
فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير قد دلسه البايع وهي مسيلة الجامع
الكبير حيث لا يكون للبايع ان ياخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضى بالاخذ لان
الامتناع عنه لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين
كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن ياخذ المشتري نقصان العصير بان يقوم يوم الشرا
بلا عيب ويقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان التفاوت مقدار عشر القيمة
يرجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فبقدره واما اذا وصل اليه بدله لا يرجع بنقصان
العيب وان تعذر الرد كما اذا قتل عند المشتري خطا لانه لما وصل اليه البدل صار كانه
ملك العبد من القاتل بما وصل اليه من البدل فلو باع ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع
بنقصان العيب فكذا هذا وجه قول مالك رضي الله عنه ان فيه رعاية الحقين قلنا
يلزم الضرر على البايع فلا يجوز لانه خرج من ملكه بعيب واحد لا بعيبين فلا يكون الرد كما قبض
منه ولا يقال الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فكيف وجب شي لفوات وصف السلامة
لانا نقول نعم لا يقابلها الا اذا صارت مقصودة بالتناول حكما ضرورة جبر حق المشتري
كما لو صارت مقصودة بالاتلاف حيث يكون لها حصة من الثمن ويسقط حصتها من الثمن
فكذا هنا واما اذا امتنع الرد بفعل مضمون من قبل المشتري فليس له حق الرجوع نحو
البيع والهبة والصدقة والقتل والاعتاق على مال والكتابة لوجود الرضا بالعيب
دلالة **قوله** خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا اي خرج المبيع عن ملك البايع سالما من العيب
الحادث ويعود الى البايع معيبا بالعيب الحادث **قوله** عنه اي عن البايع **قوله**
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري الثوب

فقطعه قميصا ولم يخطه ثم وجد به عيبا قال للمشتري ان يرجع بالعيب على البايع فان
قال البايع انا اقبل الثوب كان له ذلك فان كان المشتري صبغه احمر ثم وجد به عيبا
رجع بالعيب على البايع فان قال البايع انا اقبله الثوب كان له ذلك فان كان المشتري
فليس له ذلك ابدا واذا باعه المشتري بعدما صبغه احمر وقد راى به العيب فانه يرجع
ما بين العيب والصحة وان كان قطعه قميصا ولم يخطه ثم وجد به عيبا ثم باعه لم يرجع
بشي الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اعلم ان قطع المشتري الثوب عيب حادث منه
فيمتنع الرد به فلما امتنع الرد رجع المشتري بنقصان العيب القديم جبرا لحقه لان
حقه كان في السليم وقد فات السلامة فلو قبل البايع بعيب القطع فله ذلك لان
امتناع الرد كان لحقه حتى لا يلحقه ضرر العيب الحادث وقد اسقط حقه لما رضي
بالقطع فلو باعه المشتري بعد العلم بالعيب او قبله ليس له ان يرجع بنقصان
العيب لان المشتري حبس المبيع عن البايع لما باعه اذ كان للبايع ان يقول انا
اقبل المبيع كذلك فلما باعه منعه من الرد وهو الحق الاصلي فلما بطل الحق الاصلي
بطل البدل وهو الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا باعه بعد الخياطة حيث يرجع
بالنقصان سوا علم بالعيب يوم البيع او بعده لان امتناع الرد ليس لحق البايع
بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممتنعا قبل البيع بالخياطة
لا بالبيع فلم يكن المشتري بالبيع حابسا وصار وجود البيع وعدمه سوا وهذا لانه لو رد
بعد الزيادة لا يخلو من احد الامرين اما ان يفسخ العقد في الاصل وهو الثوب مع الزيادة
او يفسخ فيه لا مع الزيادة فلا يجوز الاول لان الزيادة لم يرد عليها البيع ولا فسخ فيما لم يقع عليه
العقد ولا يجوز الثاني لعدم انفكاك الزيادة عن الاصل فامتنع الرد اصلا وكذا الحكم فيما اذا صبغه
احمر او لت السويق بسمن ثم باعه فله ان يرجع بالنقصان لان الصبغ او السمن زيادة لم
يتناولها البيع فلم يصح الفسخ فيها وقد تعذر فصلها عن الاصل فبطل الفسخ حقا للشرع
ولهذا لم يكن للبايع ان ياخذه بالزيادة الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي انهما لو تراضيا
على الرد فالقاضي لا يقضي بالرد وكذلك الحكم فيما كان المبيع حنطة فطحنها او كان
لحما فشواه او كان دقيقا فخبزه ثم باعه لم يرجع بنقصان العيب لان المشتري ليس
بحابس للمبيع بل امتنع الرد قبل البيع لحق الشرع وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة
من الاصل عند محمد رحمه الله لانه تابع للاصل فلم يمنع الفسخ وتفسير نقصان العيب مر في
المسيلة المتقدمة وهو ان يقوم يوم الشرا بلا عيب ومع عيب فما نقص من القيمة
بالعيب ينتقص بذلك القدر من الثمن وانما قيد في الجامع الصغير بالاحمر لتكون الزيادة
في المبيع بالاتفاق لان السواد نقصان عند ابي حنيفة رضي الله عنه اما عندهما فالسواد
زيادة كالحمرة **قوله** فان قطع الثوب ثم خاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن
ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس للبايع
ان ياخذه وقد مر البيان انفا **قوله** في الاصل بدونها اي في الثوب او السويق بدون
الزيادة **قوله** لانها لا تنفك عنه اي لان الزيادة لا تنفك عن الاصل يقال لت
السويق اي خلطه **قوله** لا لحقه اي لا لحق البايع **قوله** وعن هذا قلنا اي عن الوجه
الذي ذكرناه وهو ان المشتري اذا كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا

ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان
لانه بالقطع للصغير صار واهبا الثوب له مسلما اليه وصار الاب قابضا عنه وحق الرد الذي هو
الحق الاصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لانه صار حابسا للمبيع بخلاف
ما اذا كان الولد كبيرا حيث يكون له الرجوع بالنقصان لانه بمجرد القطع لا يكون مسلما اليه لان الاب
لا يعتبر قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة حقا
للشرع لا بالهبة والتسليم بعد الخياطة وصار وجود الهبة والتسليم وعدمهما سواء فيرجع بالنقصان
لانه لم يكن حابسا للمبيع وهذا معنى قوله لان التسليم حصل في الاول اي فيما اذا قطعه لباسا
لولده الصغير قبل الخياطة وفي الثاني اي فيما اذا قطعه لباسا لولده الكبير بعدها اي بعد
الخياطة فافهم قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه هذا لفظ القدوري في مختصره ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى عبدا فاعتقه على مال ثم وجد به عيبا قال لا يرجع على
بايعه وهذه من الخواص اما الموت فانما وجب فيه الرجوع بالنقصان لان رد المبيع متى امتنع
من طريق الحكم لا بفعل البايع يجب الرجوع وهنا امتنع الرد حكما لانتهاء الملك بالموت الا ترى
انه لا يتصور نقل الملك في الهالك واما الاعتاق بلا مال فالقياس ان لا يرجع بنقصان العيب
وهو قول زفر كذا ذكر قاضي خان وهو قول الشافعي ايضا رضي الله عنه كذا نقل قوله في شرح الجامع
الصغير لان حبس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل وفي الاستحسان يرجع لان الاعتاق
انها للملك والشيء بانتهايه يتقرر ولهذا ثبت الانتها لم يتصور الحبس حال التناهي فيجعل كان
الملك باق وهو قد استفاده بصفة السلامة ولم يوجد فيرجع بالنقصان كما لو انتهى
الملك بالموت تبعا لانتهاء الحياة وسقط فعل المشتري لما كان الانتها الاية بيانه ان الانسان
لم يخلق للتملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر اعني انه وقع جزا للكفر الاصلي فاذا لم يكن
مخلوقا للتملك لم يكن الملك فيه امرا ذاتيا بل موقتا الى غاية الاعتاق فاذا وجد الاعتاق
فقد انتهى الملك فصار كانتهايه بالموت بخلاف البيع فانه قاطع لملك البايع الى غيره لا منهي
للملك في العبد ولهذا ملكه المشتري فصار البايع كالمستبقي لملكه فلم يرجع بالنقصان وحكم
التدبير والاستيلاد كالاعتاق لان امتناع الرد حكمي اعني ان الرد امتنع بحكم الشرع لا بفعل
المشتري واما الاعتاق على مال فانه كالبيع لانه لما اخذ العوض بطل حكم الانتها فبطل الرجوع
ونقل الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير عن الامالي قال اذا اشترى عبدا فاعتقه على
مال او كاتبه او قتله ثم وجد به عيبا لا يرجع بشيء في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي قول ابي
يوسف رحمه الله يرجع بنقصان العيب ثم اعلم ان الاصل ان امتناع الرد من جهة المشتري
اذا كان بفعل مضمون يبطل حقه في الرجوع بنقصان العيب نحو التمليكات من البيع
والهبة والصدقة وما اشبه ذلك وكذلك لو قتله او اعتقه بمال او كاتبه وامتناع الرد
من جهة المشتري لا بفعل مضمون كما اذا اعتقه بلا مال لا يبطل حق الرجوع بالنقصان لان
العتق ليس بمضمون بدليل ان الشريك المعسر اذا اعتق لم يضمن وكذلك لو اذا دبر العبد
او استولد الامة ثم اطلع على عيب له ان يرجع بالنقصان لان امتناع الرد من جهة
الشرع الا انه ثم اطلع ولانه ليس بمضمون وامتناع الرد اذا لم يكن من جهة المشتري لا يبطل حق
الرجوع كما اذا هلك المبيع بافة سماوية او انتقص او زاد زيادة مانعة للرد والفسخ كما اذا قطع ثوبا

وخاطه

وخاطه او طحن حنطة او اشترى لحما او خبز دقيقا وهذا لان في النقصان امتنع الرد لحق البايع ولهذا لو
قبل كذلك جاز وفي الزيادة امتنع حقا للشرع ولهذا ليس للبايع ان ياخذه اذا تراضيا على الرد
وهذا ما قال الشيخ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله وهذا لان الشيء يتقرر بانتهايه
اشارة الى قوله وفي الاستحسان يرجع وبيانه مر انفا قوله بالامر الحكمي يعني لا بفعل المشتري
وقد مر بيانه ايضا قوله فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسايل القدوري رحمه الله اعلم ان المشتري اذا قتل العبد
او اكل الطعام ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يرجع في الاكل وهو قول الشافعي رضي الله عنه وروي عن ابي يوسف ان القتل لا
يمنع الرجوع ايضا لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم من احكام الدنيا فصار كموته حتف
انفه ولو مات لا يمنع الرجوع فكذلك القتل روى هذه الرواية عن ابي يوسف اصحاب
الاملا كذا اثباه الطحاوي في مختصره وجه ظاهر الرواية ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله
عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك
وامتناع الرد اذا كان بفعل مضمون على المشتري يبطل الرجوع بالنقصان كالبيع
ولانه لما سقط الضمان بالملك صار كالمستفيد به عوضا وهو سلامة النفس للمشتري
فلو باع المشتري العبد ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان حبس البدل
كحبس المبدل فكذا في القتل لانه صار كانه حبس بدله ولا يشبه القتل الاعتاق بلا
مال لانه ليس بفعل مضمون على المشتري لانه انها للملك كالموت الا ترى انه لو
اعتق عبد غيره لا يضمن لعدم نفاذ العتق والشريك المعسر اذا اعتق نصيبه
لا ضمان عليه فعلم ان الاعتاق لا يقتضي الضمان لا محالة ولا نسلم ان قتل المولى
لا يتعلق به حكم من احكام الدنيا الا ترى انه يجب عليه الكفارة لو كان خطا واما
الاكل فقال ابو حنيفة اذا اطلع على عيب بعده لا شيء له على البايع وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع عليه بنقصان العيب واخذ الطحاوي في مختصره
بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب
عند البايع فعند ابي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما واجمعوا
انه لو اتلف الطعام او الثوب بسبب اخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوي
وجه قولهما ان الاكل تصرف مشروع يقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف مشروع يقصد
المبيع لاجله فلم يعد اتلافا لانه استعمال العين لما طلب فيه باصل التخليق فيقع الهلاك على
ملكه ولا يكون كالزايل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل ووجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه ان الرد بفعل مضمون على المشتري لان الاكل واللبس اذا
وقع في غير ملكه يوجب الضمان وانما سقط الضمان هنا والبراءة عنه بسبب الملك فصار
كالمستفيد عوضا فلم يجب الرجوع بالنقصان لان الرد اذا امتنع بفعل مضمون لا يوجب
الرجوع فصار كالبيع والقتل ونقول ان الاكل واللبس مع التمزق اتلاف للمبيع فيمنع
الرجوع بالنقصان كالتحريق والقتل بخلاف الاعتاق فانه ليس باتلاف بل هو
انها للملك فلم يمنع الرجوع بالعيب بيانه ان الاكل واللبس المفضي الى التمزق
يوجب الضمان لولا الملك وانما سقط الضمان بالملك فصار سقوط الضمان كالبدل

الحاصل له فاشبه البيع فلم يجب الرجوع بالنقصان كما لو امسكه ولم يرده والاعتاق
لا تصور له بدون الملك فلا يكون موجبا للضمان ولا يمكن ان يقال انه بسبب الملك
صار مخلصا نفسه من الضمان وقولهما انه تصرف مشروع يقصد المبيع لاجله لانه
لا استفادة منه بالبيع لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشرا ومع هذا يمنع البيع الرجوع
بالنقصان ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب لم يرد ما بقي ولم يرجع بشي من
النقصان في قول ابي حنيفة لان الطعام شي واحد كالعبد الواحد تعذر الرد في
بعضه بمعنى من قبله فبطل الحق في الكل كذا في الايضاح وقال في شرح الطحاوي
اختلفوا فيه على ثلثة اقوال روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال بطل حقه
من الرد ومن الرجوع بحصة العيب كما لو باع بعضه ولو باع بعضه بطل حقه في الرجوع
بنقصان العيب الا في قول زفر فانه يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضي
البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال
يرجع بنقصان العيب فيما اكل وفيما لم ياكل الا ان يرضي البايع ان ياخذ بحصته
من الثمن وروي عن محمد رحمه الله انه قال يرجع بنقصان العيب فيما اكل ويرد الباقي
وليس للبايع ان يمتنع من ذلك وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه
ابو الليث الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال القدوري في كتاب التقريب اختلفت
الرواية عنهما في الباقي فقالا يرد الباقي وروي عنهما انه لا يرده ويرجع بنقصان
العيب قوله حتف انفه الحتف الموت وجمعه حتوف وليس له فعل يتصرف
كذا في الجمهرة يقال مات فلان حتف انفه اذا مات على الفراش قيل هذا في الادمي
ثم عم في كل حيوان اذا مات بغير سبب كذا قال صاحب المغرب قوله كالمستفيد
به اي بالملك قوله واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع اي بنقصان العيب
قال في خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما قوله وعنده اي عند ابي حنيفة قوله
ولا يعتبر بكونه مقصودا جواب عن قولهما وهو انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه
وبيانه مر انفا قوله ثم هو اي البيع قوله فكذا الجواب عند ابي حنيفة رضي الله
عنه اي لم يرجع بشي لان الطعام كشي واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض
قوله في الكل اي فيما اكل ولم ياكل قوله ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثا او
خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله وهذه من
المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في الرجل يشتري من الرجل الجوز او البيض او البطيخ او الخيار او القثا
فيكسره فيجده فاسدا قال ان كان لا ينتفع به رجع بالثمن كله وان كان ينتفع
به رجع بنقصان العيب وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي ومن اشترى شيئا
ماكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فان كان لقشره قيمة كان البايع بالخيار
ان شا اخذ قشره ورد ثمنه على المشتري وان شا ابي ذلك ورد من ثمنه
ما بين قيمته معيبا وما بين قيمته صحيحا على المشتري وان كان لا قيمة له رجع
بثمنه كله على البايع الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وفسر الزاهد العتابي
رحمه الله كونه لا ينتفع به بان كان لا ياكله الادمي والبهيمة وذلك لان البيع لا يصح

بلا مال فاذا كان بحيث لا ينتفع به اصلا لا يكون مالا لان المال يصلح لمصالح الادمي من غيره
وهذا لا يصلح فلم يصح البيع واذا لم يصح البيع رجع بالثمن كله وان كان ينتفع به مع فساده لا يرده
عندنا ويرجع بنقصان العيب الا ان يرضى البايع به مكسورا قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير فان اكله بعد ما علم بالفساد كان ذلك رضا منه ولا يرجع بشي
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله
الرد في الصحيح من قوليه وجه قوله ان الكسر حصل بتسليط البايع فلم يعتبر عيبا حادثا
لجاز رده ولنا ان الكسر عيب حادث كالقطع في الثوب والعيب الحادث يمنع
الرد نعم حصل التسليط من البايع على الكسر ولكن على الكسر في ملك المشتري
لا في ملك البايع فكان عيبا فلو رد لرد معيبا وقد خرج من ملكه بعيب واحد
وفيه ضرر على البايع لا محالة هذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض من ذلك
فاسدا والبعض صحيحا ان لم يكن لقشره قيمة يرجع على بايعه بحصته من الثمن وان
كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب اعتبارا للجزء بالكل الا اذا كان الفاسد قليلا لا مقدار
ما يكون مثله في ذلك المبيع فلا يرجع بشي كذا في شرح الطحاوي وقال فخر الاسلام
فان وجد البعض من ذلك فاسدا ان كان ذلك قليلا فان القياس ان يجعل ذلك
كالخمر والميتة يضم الى المال وفي الاستحسان يجعل هدرا لانه قليل لا عبرة به في العادة
ثم قال فخر الاسلام رحمه الله كذلك ذكره مشايخنا ولا نص فيه وفي ذلك ضرورة
ايضا لان جملة ذلك لا يخلو عن شي فاسد فلو بطل ما سلم البيع ابدا فاما اذا كثر ذلك
فانه يجعل بمنزلة الميتة والخمر يضم الى المال على التفصيل والاختلاف يعني صح
البيع فيما صلح بحصته من الثمن ويبطل في الفاسد عند ابي يوسف ومحمد وعند
ابي حنيفة فسد في الكل لان الاصل عنده ان المبيع متى فسد بعضه بفساد
مقارن فسد كله والمراد من ان لا يكون لقشر الجوز قيمة ان يكون ذلك
في موضع يكثر فيه الحطب الى ذلك اشار الولوالجي في فتاواه وقال الولوالجي
لو اشترى القرعة فوجدها مرا بعد الكسر له ان يرجع بجميع الثمن قليلا كان او كثيرا
لانه لا قيمة لها بعد الكسر قوله فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيضة المذرة
قوله بتسليط اي بتسليط البايع قوله والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد
او الاثنين في المائة وجعل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة
او الستة او نحو ذلك في المائة معفوا قال لان مثل ذلك يوجد في الجوز فصار
هذا المقدار كالمشاهد منه قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب
فان قبل بقضا القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده ولفظ القدوري
في مختصره ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضا
قاض فله ان يرده على بايعه وان قبله بغير قضا فليس له ان يرده وقال محمد رحمه
الله في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع عبدا
من رجل بعدما اشتراه من اخر فوجد به المشتري الاخر عيبا فاختصما الى
القاضي المشتري الاخر والبايع الاخر فرد القاضي العبد على البايع الاخر باقرار منه
او باباء يمين هل بينه وبين البايع الاول خصومة قال نعم وقال بعوه فيه

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبدا ثم باعه من اخر ثم وجد
به الاخر عيبا لا يحدث مثله فرده على بايعه وقبله منه عند غير قاض قال ليس له ان يرده
على البايع الاول ابدا وقال محمد رحمه الله قبل هذا قريبا من ثلثة اوراق في مسيلة الوكيل عن
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يامر الرجل ببيع عبده فيبيعه من
رجل ويدفعه اليه فلا يقبض الثمن او يقبضه ثم يريد المشتري ان يرده على المامور
بعيب فيقدمه الى القاضي وهو عيب لا يحدث مثله فيرد عليه ببينة او باباء يمين
او ببينة قامت بانه باعه وبه هذا العيب رده المامور على الامر وان كان ذلك
باقرار من المامور بالعيب لم يرده على الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
ثم اعلم ان المشتري اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له
حق الرد على بايعه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبع سواء كان بقضا او بغير قضا لان الرد بالعيب
قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط او بخيار
الروية اما اذا قبضه المشتري الثاني ثم رد على المشتري الاول بعيب فعلى وجهين
فان قبله بقضا قاض فله الرد على بايعه وان قبله بغير قضا قاض فليس له الرد
وذلك لانه اذا قبل بغير قضا القاضي كان ذلك ردا باصطلاحهما وتراضيهما فكان
بمنزلة عقد مستانف فاذا قبله بالقضا باحد الاسباب الثلاثة بالبينة او بالنكول او بالاقرار
فله ان يرده على البايع الاول لان البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضي فصار كان البيع الثاني لم
يوجد اصلا ولكن البيع الاول قايم لم ينفسخ بفسخ الثاني فيملك الخصومة وفي قول زفر
اذا جحد العيب فرد عليه بالبينة ليس له ان يرده على الاول كذا ذكر الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وذلك لانه لما جحد العيب فليس له ان يدعي على البايع الاول
ان به عيبا لانه متناقض في كلامه الا ترى انه لما رد عليه الاخر فقال بعد ما رد عليه
ليس به عيب ثم اراد ان يرده ليس له ذلك فكذلك اذا جحد قبل الرد وجوابه ان
جحوده كان لدفع الخصومة عن نفسه ولم يكن للتحقيق ولانه لما رد عليه فقد كذب شرعا
فبطل جحوده وقال في شرح الاقطع له رده عند الشافعي على بايعه وان قبله بغير قضا
وقاس على ما اذا قبله بقضا والفرق ظاهر وقد مر قالوا في شروح الجامع الصغير
يستوي الجواب في مسيلة الكتاب بين ما يحتمل الحدوث وما لا يحتمل اذا رد عليه
بغير قضا لم يكن له ان يخاصم الذي باعه لان الرد بالتراضي بغير القضا بمنزلة بيع جديد
في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما فصار في حق البايع الاول كان المشتري الاول
اشتراه من المشتري الثاني فلو كان هكذا فلا خصومة فكذا. هذا وانما استوى
الجواب لان محمدا قال في عيب لا يحدث مثله مع اليقين بانه كان عند البايع الاول
فلان لا يرده في عيب يحدث مثله وهو يحتمل الحدوث في يد المشتري اولى واحرى
فاستوى الجواب وقالوا وعلى قياس ما ذكر في بعض روايات البيوع له حق
الخصومة لسبق العيب عند البايع وفسر في الايضاح عيبا لا يحدث مثله بالاصبع
الزايدة او الناقصة وعيبا يحدث مثله بالقروح والامراض اما مسيلة الوكيل فنقول
اذ رد عليه بعيب لا يحدث مثله او لا يحدث مثله في مثل تلك المدة رده
القاضي بغير بينة او باباء يمين او باقرار لان القاضي يعلمه يقينا انه كان عند البايع

ومعنى

ومعنى اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب محمول على ما اذا اشتبه على القاضي ان
هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكن لم يعرف تاريخ البيع متى كان
منذ شهر او اكثر فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او الى غيرها من الحجج ان تاريخ البيع
منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البايع فيرد عليه فاما اذا عاين القاضي
تاريخ المبيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شي منه فيكون الرد على الوكيل ردا على
الموكل من غير ان يحتاج الوكيل الى رد وخصومة فاما اذا كان العيب يحدث مثله
كان رد على الوكيل ببينة او نكول فهو لازم للموكل ولا يحتاج الوكيل الى الخصومة لان البينة
حجة في حق الناس كافة والوكيل مضطر في النكول فصار بمنزلة الرد بالبينة وهذا لانه
اذا كان عالما بالعيب عند الموكل لا يمكنه ان يحلف كاذبا ولانه لم يباشر احوال العبد
والموكل هو الذي اوقعه فيه فصار العهدة عليه فاذا رده القاضي باقرار الوكيل كان
ذلك رد اعليه ولكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او نكول لان الرد بالقضا
لا يحتمل ابتدا العقد فكان فسخا ولكنه فسخ بدليل قاصر وهو اقرار الوكيل بالعيب عند
الموكل فمن جهة كونه فسخا كان للوكيل حق الخصومة ومن جهة كونه قاصرا لم يلزم الوكيل
الا ان يقيم الحجة على الموكل هذا فيما اذا رد عليه بالقضا اما اذا رد على الوكيل باقراره
بلا قضا القاضي فان كان عيبا يحدث مثله في هذه المدة فليس للوكيل حق الرد على موكله
لانه فسخ بالتراضي فكان بمنزلة شرا جديد في حق غيرهما فبطل حق الخصومة وان كان
عيبا لا يحدث مثله فقال فخر الاسلام وغيره ذكر في عامة روايات المبسوط انه يلزم
الوكيل ولا يخاصم الموكل وذكر في كتاب البيوع انه يلزم الموكل من غير خصومة لان
الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي لان الرد حق متعين فصار تسليم الخصم وتسليم
القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضا الدين والرجوع في الهبة وجه عامة الروايات
ان هذا رد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله
القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد لضرورة
العجز فاذا انقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب
الرجوع بحصة العيب فيما ذكر من المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا
قال ابو العباس الناطفي في كتاب الاجناس قد اعترض على قول محمد انه بنكول البيع
يلزم الموكل بانه لا يصح على اصولهما اما على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فان النكول
بذل والبذل من الانسان لا يثبت في حق غيره واما على قولهما فانه في حكم الاقرار ولو
اقر الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب مما يحدث فكذلك نكوله الذي اقيم
مقامه ثم قال اجيب عنه بان النكول ليس بصريح البذل وانما اجراه مجراه بدلالة
عليه لو ادعى رجل الف درهم على عبد ماذون له في التجارة فانكر ونكل عن اليمين
فان الحاكم يحكم عليه بالمال ولو كان بذلا لم يحكم عليه لان بذل المال وهبته لا يصح
في حقه في الدراهم والدنانير والثياب والاعتاق واعيان الاموال انما جازت
الضيافة اليسيرة نصا بخلاف القياس والشي اذا جرى مجرى غيره لا يجب
اجراؤه مجراه من جميع الوجوه وقد اجريناه مجرى البذل من ان لا يمين في
سبعة اشيا في النكاح والرجعة والفي في الايلاء والنسب والولاء والرق واللعان

واما على قوليهما فالنكول لا يكون بمنزلة الاقرار يدلك عليه انه لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له
ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان بمنزلة الاقرار لم يملك ان يرجع عن
اقراره وكذلك نكوله يختص بمجلس الحاكم والاقرار بالمال لا يختص بمجلس الحاكم الا ان عند
ابي يوسف يجري مجرى الاقرار وليس لحكمه حكم صريح الاقرار وعند محمد حكمه حكم صريح
الاقرار ويظهر فايدة الاختلاف بينهما بما قال في كتاب الدعوى املا رواية بشر بن
الوليد قال ابو يوسف لو ادعى دارا في يدي رجل فانكر ونكل عن يمينه فقضى
القاضي للمدعي ثم اقام المدعى عليه البينة انه كان اشتراها من المدعي فان القاضي
يسمع بينته ويرد الدار عليه ولو اقام البينة انه كان اشتراها من رجل اخر لم تقبل
بينته وقال محمد رحمه الله في نوادر ابن سماعة لا تقبل بينته في الوجهين والنكول
بمنزلة الاقرار بها هذا لفظ كتابه اما ابو يوسف فتقبل بينته لانه ليس بصريح اقرار بل اجري
مجراه لان حكم الحاكم عليه بسبب من جهته كما في الاقرار حكم عليه بسبب من جهته فمن
هذا الوجه تشابها قوله لانه فسخ من الاصل اي لان الرد على المشتري الاول فسخ للبيع الثاني
من الاصل لانه بقضا القاضي فكان للمشتري الاول حق الخصومة مع بايعه غاية الامر
انه انكر قيام العيب اي غاية امر المشتري الاول هذا جواب لما يقال من جهة زفر لما انكر
العيب لم يكن له حق الخصومة لانه متناقض في كلامه فقال نعم انه انكر العيب لكنه كذب
شرعا فصار كانه لم ينكر اصلا قوله بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالبينة او النكول
يكون ذلك ردا على الموكل وفرقه ان البيع في مسيلة الوكيل واحد فكان القضا بالرد
عليه ردا على الموكل اما في مسيلة بيع المشتري فالموجود بيعان فلا يلزم من فسخ البيع
الثاني فسخ البيع الاول فلاجل هذا لم يكن الرد على المشتري الاول ردا على بايعه قوله
وان قبل بغير قضا القاضي عطف على قوله فان قبل بقضا القاضي انتهى قوله والاول
ثالثهما اي البايع الاول قوله وهذا تبين اشارة الى المذكور في الجامع الصغير وقد مر بيانه
انفا قوله وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل قوله ومن اشترى عبدا فقبضه
فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينة وهذه من
مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد ثم جا البايع يخاصمه في الثمن فقال
قد كنت دلست لي هذا العيب فقال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود
او يستحلفه فان قال شهودي بالشام قال يقال له ادفع الثمن وان شيت
استحلف لك وادفع الثمن الى هنا لفظ محمد الجامع الصغير اعلم ان المشتري اذا
ادعى العيب لا يجبر على دفع الثمن الى ان يقيم البينة او يستحلف البايع وهذا
المعنيين احدهما ان المشتري انكر وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى
العيب وهذا لان دفع الثمن انما يتعين على المشتري اذا تعين المبيع ولم يتعين
المبيع لان حق المشتري في التسليم لا في المعيب والثاني ان الاجبار على دفع الثمن
اشتغال بما لا يفيد لانه ربما يحتاج الى نقض قضايه اذا ظهر العيب لانه يامر البايع
حينيذ برد الثمن على المشتري فيجب عليه صيانة قضايه عن البطلان فلاجل هذا
يامر المشتري باقامة البينة او يستحلف البايع حتى يظهر وجه الحكم فان استبان

وجه الحكم بان قامت البينة او حلف البايع فنكل رد المبيع والا اجبر المشتري على نقد الثمن
هذا اذا كان شهوده حاضرا فان قال شهودي غيب بالشام لا ينتظر حضور الشهود لانه
امر على خطر ايكون ام لا يكون فلا نوخر الواجب به بل يحلف البايع فان حلف اجبر المشتري
على دفع الثمن ويحلف بالله لقد سلمته اليه بحكم البيع وما به هذا العيب وان نكل البايع عن
اليمين لزمه حكم العيب لان النكول حجة في المال لانه بدل او اقرار فيصحان جميعا فيه
بخلاف النكول في الحدود والقصاص فانه ليس بحجة وبخلاف النكول في الاشيا الستة
فانه لا يصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه ثم في وجوب دفع الثمن على المشتري اذا
حلف البايع لا ضرر على المشتري لانه على حجته لانه اذا احضر شهوده فاقامها
على عيب يسترد الثمن من البايع وفي الانتظار الى حضور الشهود تضرر بالبايع
لانه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه اليه وفي قولهم في بيان هذه المسيلة لان
المشتري على حجته دليل ان اقامة البينة بعد حلف المدعى عليه معتبر قال في
الفصل السابع من كتاب القضا في خلاصة الفتاوى لو اقام المدعي البينة بعد ما حلف
المدعى عليه تقبل وكذلك لو قال المدعي للمدعى عليه احلف وانت بري او قال
اذا حلفت فانت بري فحلف ثم اقام هو البينة تقبل اما اذا قال المدعي لا بينة
لي فحلف المدعى عليه ثم اتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي
الله عنه وعن محمد انها لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة قوله انكر اي انكر المشتري تعين
حقه لان حقه في التسليم لا في المعيب قوله استحلف وادفع كلاهما على صيغة المبني
للمفعول كذا السماع قوله يعني اذا احلف اي معنى قوله دفع الثمن اذا احلف البايع على
انه لم يكن به هذا العيب انتهى قوله وليس في الدفع كثير ضرر اي ليس في دفع
الثمن كثير ضرر بالمشتري لانه على حجته فاي وقت اتى بها تقبل منه قوله ومن
اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل باع رجلا عبدا فقال المشتري بعتني ابقا وكذبه البايع قال لا
احلف البايع على الاباق حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده فاذا اقام على ذلك
البينة استحلف البايع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير ووضع المسيلة في الاباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة
كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الا ان المعاودة في يد المشتري شرط
في العيوب الثلثة والحالة واحدة وهل يشترط المعاودة في الجنون فيه كلام استوفيناه
في اول الباب فينظر ثمه لا محالة ثم اعلم ان المشتري لا يثبت له حق الرد لهذه العيوب
ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخلو من احد الامرين اما ان يقر البايع حصولها
عند المشتري او ينكر فان اقر يثبت حق الرد للمشتري وان انكر يقال للمشتري اثبت
اولا ان هذا العيب حصل عندك فان اثبته بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون
البينة حجة وان لم يكن للمشتري بينة واراد تحليف البايع فله تحليفه على العلم عند
ابي يوسف ومحمد لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البايع بالله ما تعلم ان هذا العبد
جن عند هذا المشتري ولا ابق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير

قولهما ولم يذكر قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قوله قال الشيخ ابو المعين فيه وحكى الشيخ
ابو نصر الصفار عن القاضي النسفي في شرح الجامع الكبير قال بعض مشايخهم منهم الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسيلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان
قول ابي حنيفة خلاف قولهما ثم قال الشيخ ابو المعين فيه وحكى الشيخ ابو نصر الصفار عن
القاضي ابي الهيثم النيسابوري ان المسيلة على الخلاف ولا يستحلف عنده وعندهما يستحلف
قال والخلاف مسطور في النوادر ذكره الطحاوي ايضا وجه قولهما ان المشتري لا يقدر على
الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق ثبوت الاشيا البينة او النكول ممن لو اقر به
لزمه فيستحلف وهذا اليمين لتوجه الخصومة فاذا حلف برئ ولم يثبت للمشتري
حق الرد وان نكل البايع ثبت العيب وكذا اذا اقام المشتري البينة على العيب عنده
ولكن لا يثبت حق الرد للمشتري لاحتمال ان العيب حادث فيقال للبايع هل كان
هذا جن عندك او ابق او سرق او بال في الفراش بعد الكبر في العيوب الثلثة فان اقر
بذلك يرد عليه لانه اقر انه باع معيبا الا ان يدعي الرضا والابرا كذلك قال
صاحب التحفة وان انكر البايع وجود العيب عنده يقال للمشتري اقم البينة على ذلك
فان اقامها ثبت له حق الرد وان لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عند البايع يحلف
البايع على البتات وهذه اليمين تسمى يمين الرد وذلك لانه لو اقر به لزمه ويحلف على
البتات لانه تحليف على فعل نفسه وهو تسليمه صحيحا فان حلف برئ وان نكل رد
عليه بالعيب قالوا والصواب في التحليف ان يقال بالله ليس له حق الرد عليك بالسبب
الذي يدعيه او يحلف بالله لقد سلمته بحكم البيع وما به هذا العيب الذي يدعيه وفي
الجنون يحلف بالله ما جن في يدك قط وفي العيوب الثلثة ما سرق وما ابق وما بال
في الفراش في يدك منذ بلغ مبلغ الرجال قط فاما لو حلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب لم يكن فيه نظر للمشتري لان العيب لو حدث في يد البايع بعد البيع قبل التسليم
لم يحنث لان شرط الحنث قيامه في الحالين فتاول ان هذه العيوب لم تكن موجوده
عند البيع فيكون صادقا فيبطل حق المشتري ووجه قول ابو حنيفة رضي الله عنه في
ان البايع لا يستحلف على العيب عند المشتري ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى
ولا دعوى له على البايع الا بعد ثبوت العيب عنده واذا ابطل الدعوى بطل الاستحلاف
والحاصل ان صحة الدعوى متعلقة بثبوت العيب وثبوت العيب متعلق بالدعوى
فلا يتصور الدعوى ولا ثبوت العيب في حق البايع وهذا اذا كان عيبا لا يشاهد عند
الخصومة فان كان عيبا يشاهد عند الخصومة فان كان عيبا مشاهدا لا يحدث كالاصبع
الزايدة والسن الساقطة له ان يرد لانا تيقنا انه كان عند البايع وان كان عيبا مشاهدا
كالعمى والشلل والقروح فان كان يعلم اهل البصر انه لا يحدث من وقت التسليم الى المشتري
له ان يرده لانا تيقنا بكونه في يد البايع وان كان في مدة يحتمل الحدوث في يد المشتري
وانكر البايع كونه في يده فالقول قوله مع اليمين وان ادعى المشتري الحبل او الثيابة
وقد اشتراها بكرا فالقاضي يريها امراة عدلة والثنتان احوط فان اخبرت بذلك تسمع
الدعوى والخصومة وان كان من وقت التسليم مدة يحتمل الحدوث في تلك المدة
وانكر البايع كونه في يده فالقول قوله فان كان مدة لا يحتمل الحدوث من وقت التسليم

مدة تحتمل الحدوث

مدة تحتمل الحدوث في تلك المدة وانكر البايع كونه في يده فالقول قوله فان كان مدة لا يحتمل
الحدوث من وقت التسليم فكذلك لا ترد بقول المراة الواحدة واما بشهادة المراتين هل يرد
على قياس قول ابي حنيفة لا وعلى قياس قولهما ترد وان كان داء في باطنه فالقاضي يري العدول
فان شهد بذلك رجلان عدلان وهو مما لا يحتمل حدوثه من وقت التسليم يرد وان كان مما
يحتمل حدوثه لا يرد الا ان يشهد شاهدان انه كان عند البايع والدعوى الصحيحة ان يدعي العيب
في يد البايع وفي يده ايضا كذا ذكر الزاهد العتابي في شرح الجامع الكبير قوله والمراد به
التحليف على انه لم يابق عنده اي المراد من قول محمد لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري
البينة يحتلف البايع على ان العبد لم يابق عند البايع يعني لا يحلف البايع ولا يتوجه عليه الخصومة
ما لم يثبت العيب عند المشتري اولا بالحجة انكاره اي انكار البايع به اي بالمبيع ومعرفته قيام
العيب قوله في الكتاب اي في الجامع الصغير قوله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي
يدعي اي ليس للمشتري حق الرد عليك ايها البايع بالسبب الذي يدعيه المشتري قوله او
بالله ما ابق عندك قط يعني او حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البايع بالله ما ابق عندي قط
وانما قال عندك لان القاضي يخاطب البايع كذلك فاذا حلف اضاف الى نفسه وقال
عندي قوله والاول ذهول عنه اي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة
عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم فلا جل هذا لا يحلف بهذا الوجه لان العيب
ربما لا يكون عند البايع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا حلف على ان العيب
لم يكن عند البايع يتضرر المشتري لان البايع صادق في حلفه فلا يحنث قوله والثاني
يوهم تعلقه بالشرطين اي التحليف بقوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلق
العيب يوهم تعلق العيب بالامرين جميعا اعني بالبيع والتسليم يعني ربما يتناول البايع
ويقول لم يكن البيع عند الحالتين بل عند التسليم فحسب فاذا حلف على هذا الوجه يكون
صادقا ولا يحنث اذ بانتفا الجزء ينتفي الكل فيتضرر المشتري قوله عنده اي عند المشتري
قوله واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه اي اختلف المشايخ في شروح الجامع الكبير
كابي بكر محمد بن حامد وقد مر بيانه انفا قوله فاذا نكل عن اليمين عندهما اي اذا نكل البايع عن
اليمين على وجود العيب عند المشتري يثبت العيب عند المشتري فيتوجه الخصومة
على البايع فبعد ذلك اذا لم يقم المشتري البينة على وجود العيب عند البايع وانكر هو
العيب يحلف للرد وهذه اليمين تسمى يمين الرد فان حلف برئ وان نكل ثبت العيب
عند البايع فيرد عليه قوله على الوجه الذي قدمنا اي يحلف على البتات على ما
قدمه من قوله بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك
قط قوله اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال وذلك
لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري
في الكبر اذا كان وجودها عند البايع في الصغر فاذا حلف البايع مطلقا يكون فيه ترك
النظر للبايع لانه يمتنع عن اليمين مطلقا اذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر
فافهم قوله ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا وهذه من خواص الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى
جارية بالف درهم فقبض الجارية ونقده الالف ثم وجد بالجارية عيبا فجا يردها

فقال البايع بعتك هذه واخرى وقد قبضتهما وقال المشتري انما بعتني هذه وحدها
قال القول قول المشتري هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اي القول قول المشتري
مع اليمين لان البايع يدعي عليه الزيادة والمشتري ينكرها وعلى المنكر اليمين
بالحديث ولان حاصل اختلافهما واقع في مقدار المقبوض والقول قول القابض
ضمينا كان او امينا لانه اعرف بما قبضه الا ترى ان الغاصب لو انكر الزيادة في
المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا انكر الزيادة ولو اتفقا في مقدار المبيع واختلفا
في المقبوض كان القول قول المشتري ايضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدين او جاريتين
واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض فقال المشتري قبضت احدهما لا غير
وقال البايع قبضتهما جميعا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله فيكون القول للقابض كما في
الغصب **قوله** ومن اشترى عبدين صفقة واحدة الى اخره وهذه من مسايل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى
من رجل عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ثم وجد بالباقي عيبا فاراد رده قال
له ان ياخذهما جميعا او يردهما هذا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير واصل ذلك
ان تفريق الصفقة قبل التمام لا يملكه احد المتعاقدين على صاحبه ويملكه في الفسخ الا ترى
انه يجوز الاقالة في عبد حي وميت ولا يجوز ابتدا البيع والحالة هذه كذا قال الناطفي
في الاجناس ثم لما لم يجز تفريق الصفقة قبل التمام فاذا رد ما لم يقبض بالعيب يلزم
تفريقها قبله فلا يجوز وذلك لان العقد انما يتم بالقبض ولهذا اذا هلك قبل القبض يكون من
ضمان البايع بخلاف ما اذا هلك بعد القبض فانه من ضمان المشتري فلا يلزم حينيذ تفريق
الصفقة قبل التمام اذا رد العيب خاصة بعد قبضهما جميعا وهذا اذا وجد العيب في غير
المقبوض ولو وجد في المقبوض قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه والصحيح
انه لا يرد المقبوض خاصة يعني ان شا ردهما جميعا او احدهما وذلك لان الصفقة انما تتم
بقبض المبيع وهنا شيان فما لم يقبضهما جميعا لم تتم الصفقة فاذا رد المقبوض وحده وهو
معيب يلزم التفريق فلا يجوز وهذا اذا وجد باحدهما عيبا بعد قبض احدهما اما اذا قبضهما
ثم وجد باحدهما عيبا فله ان يمسك الصحيح ويرد المعيب وقال زفر والشافعي رحمهما
الله ليس له الا ان يردهما كذا ذكر قولهما في الايضاح وكذلك ذكر شمس الايمة البيهقي
قول زفر في الكفاية وكذلك شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي قول زفر فقال
على قول زفر يردهما ان شا لان ضم الردي الى الجيد عادة ظاهرة فلو رد الردي
خاصة تضرر البايع ولكن قال القدوري في كتاب التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين
صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما
وقال زفر رحمه الله يرد المعيب في الوجهين وعلل زفر بان العقد صح فيهما والعيب
وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري
فيحمل الاختلاف في قول زفر على اختلاف الرواية عنه وجه قولهما على ما في الهداية
القياس على ما قبل القبض وعلى خيار الشرط والروية والجامع دفع الضرر لان
العادة بين التجار ضم الجيد الى الردي لترواج الردي فاذا جاز رد احدهما دون
الاخر يفوت غرض البايع وفيه ضرر ولنا ان الصفقة قبل القبض لم تتم بدليل

ان الرد جاز

ان الرد جاز بلا قضا وبعد القبض تمت وتناهت ولهذا لم يجز الرد بلا قضا فلم يتضمن الرد بعد
ذلك تفريق صفقة ولا اضرارا بالبايع لانه تصرف مبتدا من المشتري على نفسه
فيفسد القياس والصفقة لا تتم مع خيار الشرط والروية ايضا فبان الفرق والدليل على ما قلنا
من جواز رد احدهما بعد قبضهما ان احدهما لو استحق كان له ان يرده خاصة دون الاخر
وهذا الذي قلنا فيما اذا كان المشتري شيين يمكن الانتفاع باحدهما دون الاخر كالعبدين
والثوبين اما اذا كان المشتري شيين لا يمكن الانتفاع باحدهما دون الاخر كخفين ومصراعي
باب فقبضهما ثم وجد باحدهما او باحدهما عيبا ردهما ان شا او احدهما وليس له ان يرد
احدهما دون صاحبه كذا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وذلك لانه اذا رد
احدهما يلزم الزام الضرر ونقل في الفتاوي الصغرى عن شرح بيوع خواهر زاده رحمه
الله انه اذا اشترى خفين فوجد احدهما ضيقا ان كان لا يدخل لعلة في الرجل ليس
له ان يرده وان لم يكن كذلك له ان يرده **قوله** وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبل
هذا الباب بقوله بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد
القبض وان كان لا يتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد اشارة الى
قوله فيكون تفريقها قبل التمام يعني انما يلزم التفريق قبل التمام له شبه بالعقد اشارة الى
قوله فيكون تفريقها قبل التمام يعني انما يلزم التفريق قبل التمام لان القبض له شبه
بالعقد فيكون التفريق قبل القبض كالتفريق في العقد وذلك لا يجوز كما اذا قال بعتك
هذين العبدين فقال المشتري قبلت احدهما فكذلك هذا وجه شبه القبض بالعقد
من حيث ان الضمان ينتقل بالقبض الى المشتري كما ان الملك ينتقل بالعقد منه اليه
وكذلك يحصل له بالقبض ملك اليد كما يحصل ملك الرقبة بالعقد **قوله** ولو وجد في المقبوض
عيبا اختلفوا اي اختلف المشايخ فيه وروي عن ابي يوسف انه يرده خاصة قال
فخر الاسلام البزدوي وانما ذكر في كتاب البيوع في فصل الاستحقاق اذا قبض احدهما ثم
استحق المقبوض او غير المقبوض له ان يرد الاخر وصار ذلك دلالة على العيب وها هنا نص
على حكم العيب لكنه لم يذكر العيب في المقبوض وهو مثل فصل الاستحقاق الى هنا لفظ فخر
الاسلام ثم قال وعن ابي يوسف انه قال ان وجد العيب في المقبوض اعتبر الاخر مقبوضا
وان وجد بغير المقبوض اعتبر الاخر غير مقبوض فيرد المعيب خاصة في الفصل الاول
وفي الفصل الثاني لم يردهما الا جملة لان الوجهين تعارضا فوجب العمل بهما والصحيح
جواب الكتاب لانهما لما تعارضا بقي على ما كان **قوله** وصار كحبس المبيع اي صار
تمام الصفقة كحبس المبيع يعني ان تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع تعلق بكله لا
ببعضه فما لم يحصل قبض الكل لا يتم كحبس المبيع لما تعلق باستيفا الثمن تعلق بكله
لا ببعضه فما لم يحصل استيفا كل الثمن لا يزول حق الحبس اعتبارا لاحد العوضين بالاخر
قوله ولا يعرى اي تفريق الصفقة **قوله** لا يتم به اي لا تتم الصفقة بخيار الروية
والشرط **قوله** ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرده الاخر اي بعد قبضهما وهذا ايضاح
لقوله تفريق بعد التمام **قوله** ومن اشترى شيا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا
رده كله او اخذه كله قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير تفسير هذا اذا كان
في وعا واحد لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فيصير ردا

بعيب حادث فلا يصح فاما اذا كان في وعا ين فوجد باحدهما عيبا فلا باس بان يرده
اذا كان قبضهما لان ذلك لا يوجب عيبا زايدا وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي
في شرحه للجامع الصغير قال بعض المشايخ معني هذا ان المعيب اذا كان
مختلطا بالذي لا عيب به فليس له ان يرد المعيب لانه لو ميز المعيب ورده
علي البايع كان ذلك اضرارا بالبايع واما اذا كان المعيب من جوالق والجيد
في جوالق فله ان يرد المعيب خاصة لانه بمنزلة شيين مختلفين ثم قال
الفقيه ابو الليث وهذا التاويل يصح علي قول محمد خاصة واحدى الروايتين
عن ابي يوسف وعلي قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح هذا التاويل لانه روى
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المجرد ان رجلا لو اشترى اعدالا
من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد
المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس واحد فهو بمنزلة شي واحد فليس له ان يرد
بعضه دون بعض وتلك الرواية موافقة لظاهر هذه الرواية الي هنا لفظ
الفقيه ونقل الناطفي في الاجناس عن البيوع املا رواية بشر بن الوليد لو اشترى
زقين من السمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقد قبض
الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والاخر سوا فاما ان يرد كله او يترك
كله ونقل ايضا عن بيوع الاصل في خيار الشرط والروية ليس له رد بعضه سوا كان
مكيلا او موزونا او ثيابا او غيره قبل القبض او بعده **قوله** الكر ونحوه اي ونحو الكر
اراد بنحوه الصبرة واحترز بكون المكيل من جنس واحد عما اذا كان المكيل جنسين
كالحنطة والشعير فانهما لا يجعلان كشي واحد حتى لا يكون للمشتري الا رد
المعيب خاصة **قوله** وقيل هذا اذا كان في وعا واحد مر بيانه انفا **قوله** ولو استحق
بعضه فلا خيار له في رد ما بقي اي بعض ما يكال او يوزن وصورة المسيلة في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري الشي
مما يكال او يوزن من الطعام فيقبضه فيستحق بعضه قال لا يكون له الخيار في رده
وان كان ثوبا فله الخيار ومسيلة المكيل والموزون من الخواص انما لم يكن له الخيار في
رد ما بقي لانه لا ضرر للمشتري فيه فصار كما اذا اشترى شيين فاستحق احدهما لزمه
الباقي بحصته فكذا هذا بخلاف الرد بالعيب فانه يرد الكل اذا وجد بعض الصبرة
معيبا لان تبعيضه وتفريقه يوجب زيادة عيب في المعيب فيلزم الرد بعيب
حادث فلا يجوز والباقي بعد المستحق ليس بمعيب فلا يلزم من قسمته ضرر ولا نقصان
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير روى عن ابي حنيفة رضي
الله عنه ان المشتري بالخيار في الباقي يعني بعد استحقاق بعض المكيل والموزون
لانه جعل الكيلي والوزني اذا كانا من جنس واحد بمنزلة شي واحد كما قال في الرد بالعيب
انه يرد الكل فكذلك في الاستحقاق ولان الشركة توجب مونة القسمة وذلك
ضرر للمشتري واما اذا استحق بعض الثوب فله الخيار في رد الباقي لان الشركة
فيه عيب لانه لا يرغب فيه بعضه كما يرغب في الكل وانما قيد بالثوب لانه في
استحقاق احد الثوبين بعد القبض لا خيار له في رد الباقي لانه لا يعد عيبا في الباقي

قوله فيه اي في

قوله فيه اي في الثوب الواحد **قوله** وقد كان وقت البيع اي كان التنقيص اراد به التبعيض
قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها وكانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا
وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
الرجل يشتري الجارية فيجد بها جرحا فيداويه او يكون دابة فيركبها الي حاجة
قال هذا رضا هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اما مسيلة المداواة فهي من الخواص وانما
كانت المداواة رضا لانه دليل علي استيفا الملك وامساك العين لكن هذا اذا اراد الرد
بذلك الجرح اما اذا اراد الرد بعيب اخر فله ذلك لانه لم يوجد منه الرضا بعيب
اخر واما الركوب لحاجة نفسه فانه دليل الرضا بالعيب وكذلك كل ركوب ليس
من اسباب الرد فانه دليل الرضا ايضا لانه تصرف فيه تصرف الملاك بخلاف ما اذا
ركبها وقد اشتراها بشرط الخيار حيث لا يكون الركوب مسقطا للخيار لان المقصود
من الخيار الامتحان والاختبار وذلك بالاستعمال فلم يكن الركوب رضا لكونه مقصودا
من الخيار واما اذا ركبها ليردها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا لان في
الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها وفي السقي والعلف منفعة الدابة فلم يجعل
الركوب رضا استحسانا كما قالوا في مسيلة البيوع اذا وجد بالجارية عيبا ثم استخدمها
لا يجعل ذلك رضا منه استحسانا قال شمس الايمة السرخسي في نسخته الاستخدام بعد العلم
بالعيب مرة ليس برضا استحسانا والصحيح ان المرة الثانية دليل الرضا كذا في خلاصة
الفتاوى قالوا في الركوب للسقي واشترا العلف هذا محمول علي ما اذا لم يجد من الركوب
بدا لعجزه نفسه او لصعوبة الدابة او لكون العلف في عدل واحد فاما اذا وجد منه
بدا وكان العلف في عدلين كان الركوب رضا وقال في خلاصة الفتاوى فلو حمل علف
دابة اخرى وركبها او لم يركبها فهو رضا **قوله** هنالك للاختبار اي في شرط الخيار
لاجل الامتحان **قوله** لان ذلك دليل قصد الاستيفا اي لان المداواة والركوب
دليل قصد استيفا الملك واستيفاوه علي ملكه بعد العلم بالعيب رضا **قوله** هنالك
للاختبار اي في شرط الخيار لاجل الامتحان **قوله** فلا يكون الركوب لها مسقطا اي لا
يكون الركوب للدابة مسقطا للخيار **قوله** لصعوبتها اي لصعوبة الدابة بان تكون
شموسا او لعجزه اي لعجز المشتري عن المشي فالحاصل انه اذا لم يجد بدا من الركوب
كان الركوب من اسباب الرد فلا يكون رضا قال ابن دريد العدل العلم اذا عدل
بمثله **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده
ويا خذ الثمن عند ابي حنيفة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع عبدا قد سرق ولم يعلم المشتري فقطع في يد
المشتري قال له ان يرده علي البايع وقال يعقوب ومحمد لا يقدر علي رده ولكنه
يرجع بنقصان عيبه ما بين قيمته سارقا الي غير سارق هذا اصل لفظ الجامع
الصغير وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وكذلك لو وجده مباح
الدم فقتل عند المشتري بذلك رجع بالقيمة الى جميع الثمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يرجع بحصة العيب وهي حصة ما بين مباح الدم الي معصوم الدم وفسر
اباحة الدم بقتل العمد عند البايع او الردة او قطع الطريق بقتل وقال محمد في الاصل اذا

اشترى الرجل عبدا قد حل دمه بقصاص فقتل عنده فانه يرجع على البايع بالثمن كله وكذلك
لو كان مرتدا فقتل عنده ولو باعه وهو سارق فقطعت يده عنده كان له ان يرده
وياخذ الثمن كله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله انه يقوم سارقا ويقوم غير سارق ثم يرجع بفضل ما بينهما من الثمن
ولا يستطيع ان يرده بعد القطع وكذلك حلال الدم الى هنا لفظ الاصل وهكذا اثبت
الرواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه في عامة شروح الجامع الصغير وفي المنظومة
والحصر وذكر في المختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البايع
انه يرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقد ذكر في بعض نسخ المنظومة كذلك
ايضا حيث قال ويسترد النصف فيمن نقطع وليس هذا في الحقيقة باختلاف
في الرواية لان المشتري له الخيار بعد القطع بين الرد والامساك فان رد العبد
اخذ كل الثمن وان لم يرد استرد نصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه ولهذا
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو قطعت يده بعد القطع والتسليم
والمشتري غير عالم بذلك وقت العقد ولا وقت القبض ان شاء رضي بالعبد
الاقطع بنصف الثمن وان شاء تركه وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه
يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا قد وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه
القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البايع ان يرده هكذا مقطوعا
فيرد عليه ويرجع بجميع الثمن ولو كان المشتري عالما بذلك وقت العقد او بعد
العقد قبل القبض صار راضيا بالعيب فلا يرجع على بايعه بشي في قولهم جميعا
كذا في شرح الطحاوي والحاصل ان ابا حنيفة رضي الله عنه اجرى كونه مستحق
القطع او مباح الدم بمنزلة الاستحقاق وهما جعلا ذلك بمنزلة العيب وجه
قولهما ان تلف المبيع او عضو مضاف الى امر حادث في ضمان المشتري وهو الاتلاف
فيقتصر على ما بعد القبض ولا يضاف الى البايع ولا يجري مجرى الاستحقاق غاية ما
في الباب ان سبب القتل والقطع وجد في يد البايع وليس ذلك بمناف للمالية
ولهذا لو مات قبل استيفا القتل او القطع يتقرر الثمن على المشتري ويصح البيع وان
اباه ولي القصاص ويصح تصرف المشتري فدل على عدم المنافاة للمالية نفذ
البيع فلم يظهر ان البيع كان باطلا فلم يسترد الثمن لكن المبيع لما كان معيبا وجب
الرجوع بنقصان العيب عند تعذر رد المبيع اما التعذر في صورة القتل فظاهر
وكذا في صورة قطع اليد لان الاستيفا عين الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند
المشتري والعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا
بنقصان القطع وبه صرح الزاهد العتابي لان القطع وان كان مضافا الى السرقة لانه
مستحق بها لم يكن الفوات للمالية بتضمنه مضافا اليها لان السرقة لا تفوت المالية
لما قلنا والقطع يستحق من حيث انه ادمي لا من حيث انه مال فلهذا وجب الرجوع
بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع وهذا كما لو اشترى جارية حاملا فولدت عند
المشتري فماتت في نفاسها وقد دلس البايع الحمل لا يرجع بجميع الثمن فكذا هنا وكذا
لو حمت عند البايع فماتت من الحمى عند المشتري ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه

ان سبب وجوب القطع او القتل وهو السرقة او القتل العمد ونحوه وجد في ضمان البايع فكان
كالهلاك عند البايع وينزل منزلة الاستحقاق فيستند الحكم اليه فيظهر انه باع ما ليس بمحل
للبيع او باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن كما لو استحق بعض العبد فرده من حيث يرجع
بالثمن كله فكذا هنا وهذا لان الوجوب لما كان بسبب في ضمان البايع والوجوب يفضي الى
الوجود صار كان الوجود حصل في يد البايع باسناد الوجود الى السبب السابق فنزل
منزلة الاستحقاق فهناك نرجع بالثمن كله فكذا هنا ونقول ان التسليم لم يصح لانه مستحق
القطع او القتل فصار كان الاستيفا حصل قبل القبض وهذا كمن غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا
عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده يضمن الغاصب قيمته كما لو قتل في يد الغاصب فكذا
هنا واما الجواب عن مسيلة الحمل قيل انها على الاختلاف ايضا وان لم يذكر الخلاف في كتاب
البيوع استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في نظير ذلك من الغصب في المغصوبة اذا حبلت
ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له ان يضمن الغاصب جميع قيمتها عنده فكذلك
هنا لان هذا مثل ذلك واما مسيلة الحمى فقالوا ان علم انها ماتت بسبب الحمى يرجع بجميع
الثمن عنده وان لم يعلم لم يرجع وان سرق العبد عند المشتري ايضا ثم قطع بعد ذلك
بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بنقصان عيب السرقة الموجودة عند البايع كما مر وعند
ابي حنيفة ليس له ان يرد العبد بلا رضا البايع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري
والقطع بها ثم لا يخلو من احد الامرين اما ان يقبله البايع كذلك او لا فان لم يقبله يرجع
على البايع بربع الثمن لان اليد من الادمي نصفه وقد قطعت بسبب كان عند البايع
كذلك يرجع بثلثة ارباع الثمن لان نصف اليد حصل قطعه بسبب كان في ضمان
المشتري فسقط ذلك عن البايع وحصة نصف اليد ربع الثمن ثم بعد وجود
السرقة من العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي فقطع العبد في يد المشتري الاخير
بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لانه اجراه مجرى الاستحقاق وعندهما لا يتراجعون كما في العيب قالوا
في شروح الجامع الصغير قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم به المشتري يستقيم
على قولهما لان عندهما يجري هذا مجرى العيب فاذا كان عالما لا يرجع على البايع بشي
وقد قيل انه في قول ابي حنيفة كذلك لان كونه مباح الدم او كونه مستحق القطع عيب
لا محالة لكنه اجري مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم
بالعيب وقت الشرا او وقت القبض يمنع الرجوع بنقصان العيب ولهذا قال في
شرح الطحاوي اذا كان المشتري عالما وقت العقد او قبل القبض صار راضيا بالعيب
فلا يرجع على بايعه بشي في قولهم جميعا وقد مر مرة انفا وقال فخر الاسلام والصحيح
ان الجهل والعلم سوا لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ولكن
فيه نظر لانا نقول سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب
لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق عند ابي حنيفة
ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقة الاستحقاق سوا كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده
يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا وبه صرح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع
ولهذا لو اعتق المشتري قبل القتل او القطع صح عند ابي حنيفة ايضا الا انه لا يرجع عند ابي حنيفة

بشي اذا قتل او قطع بعد الاعتاق بسبب كان في يد البايع لان القتل والقطع لا يفوت المالية
لعدم المالية حينيذ وعندهما يرجع بالعيب اعني نقصان عيب السرقة ونقصان كونه
حلال الدم لان الملك ينتهي به ويتقرر بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع قوله اذا قتل بسبب
وجد في يد البايع نحو قتل العمد والردة وقطع الطريق بالقتل قوله عند تعذر رده اي رد
المبيع بيانه مر انفا قوله او قطع بعد الرد يعني يرجع على الغاصب بنقصان القطع كانه
قطع عنده وبه صرح الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قوله وما ذكر من المسيلة اي
مسيلة الحمل وجه المنع مر بيانه انفا انتهى قوله يرجع بالنقصان اي بنقصان السرقة
الاولى قوله كما ذكرنا اشارة الى قوله ولا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق قوله
فثلاثة الارباع مر بيانه انفا قوله رجع الباعة هي جمع البايع كالحاكة جمع الحايك قوله وقوله
في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير قوله ولا يعتمد على قوله في الصحيح اي على قول
ابي حنيفة رضي الله عنه في الصحيح من الرواية قال شمس الايمة في شرح الكافي اذا اشتراه
وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان
هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الاخرى قال لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق
من وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع
الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشي لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر
عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وللثاني دعوى صحة تلك الرواية نظر قد
ذكرناه انفا قوله ومن باع عبدا وشرط البراة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان
لم يسم العيوب بعددها وهذا لفظ القدوري في مختصره وهي من مسايل الاصل قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا باع الرجل على انه بري من كل عيب فعم ولم
يخص شيا من العيوب دون شي فذلك جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف وزفر ومحمد
بن الحسن والحسن بن زياد رحمهم الله الى هنا لفظه رحمه الله وقال الشافعي رضي الله
عنه في احد اقواله انه لا يصح البراة من العيوب المجهولة ويفسد العقد قال في شرح
الطحاوي وللشافعي اقوال ثلثة والشرط فاسد في هذه المسيلة وفي قول البيع جايز والشرط
فاسد وفي قول يجوز هذا الشرط في الحيوان خاصة ولا يجوز في غيره وجه قوله ان الابرا فيه معنى
التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرا رب الدين المديون عن دينه فرده ولم يقبله لا يبرا
ولهذا لا يقبل التعليق الا ترى الى ما قال في الجامع الصغير في كتاب الهبة اذا قال من له على
اخر الف درهم اذا جا غد فانت بري فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول ولنا انه اسقاط
فيه معنى التمليك واسقاط الحق يصح مع الجهالة كالطلاق والعتاق كما اذا طلق نساءه
او اعتق عبيده ولا يدري كم عدد النسا وكم عدد العبيد وانما لم يصح تمليك المجهول
في البيع والهبة لانه تمليك محض يفتقر الى التسليم والجهالة مانعة من التسليم والتسلم
فيفضي الى المنازعة وشرع الاسباب لقطع المنازعة والابرا اسقاط فيه معنى التمليك
لا يفتقر الى التسليم ولا يفضي الى المنازعة فيصح مع الجهالة فدل على كونه اسقاطا عدم
توقفه على القبول وانما لم يصح التعليق في مسيلة الجامع الصغير لان التعليق انما يصح في
الاسقاط المحض لا في اسقاط فيه معنى التمليك فان قلت اذا قال ابراتك يصح واذا
قال ابرات احدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول قلت اذا قال ابرات احدكما

يصح ايضا

يصح ايضا عند اصحابنا ويجبر على التعيين كما ذكر في الاسرار ولين سلمنا انه لا يصح فنقول انما
لم يصح لان من له الحق مجهول لان الحق لمجهول الا ترى الى من قال لفلان على شي يصح
ولو قال لواحد على الف لا يصح ولا يلزم على هذا ما اذا قال لامراتيه احديكما طالق لان
الطلاق بعد وقوعه يكون حقا لله تعالى وهو معلوم والدليل على ان الحق لله تعالى انهما
لو تراضيا على اسقاطه لا يصح ولان الامة اجتمعت على جواز الاستحلال واسقاط الحقوق
المجهولة عند الموت من غير نكير فدل ذلك على صحة الابرا عن الحقوق المجهولة وقال في
الجامع الكبير ولو اشترى عبدا بشرط البراة من كل عيب دخل فيه الحادث والموجود
عند ابي يوسف وقال محمد يدخل الموجود خاصة ولم يذكر قول ابي حنيفة فيه وذكر
في شرح الطحاوي قول ابي حنيفة مع ابي يوسف وكذلك ذكر شمس الايمة في شرح الكافي
قوله مع ابي يوسف وهو ظاهر الرواية عن ابي يوسف وقال الكرخي في مختصره فان
حدث به عيب بعد البيع قبل القبض لم يبرا البايع منه وكان للمشتري ان يرد المبيع به
وهذا قول زفر ومحمد والحسن بن زياد وهي ايضا رواية بشر بن الوليد وابن سماعة
عن ابي يوسف وروى محمد عن ابي يوسف انه يبرا من الحادث ولم يذكر الكرخي
لابي حنيفة قولا كما ترى وجه قول محمد ان البراة يتناول الثابت حال البراة فكان
المراد الموجود حال البراة لا الحادث ووجه قول ابي يوسف ان المقصود من البراة
الزام العقد باسقاط حق المشتري عن سلامة المبيع والالزام بالاسقاط لا يتحقق الا
بان يتناول البراة الموجودة والحادث جميعا قال الكرخي في مختصره فان قال البايع
ابيعك على اني بري من كل عيب به لم يدخل في البراة العيب الحادث في جميع
الروايات عن ابي يوسف ومحمد ووجهه انه لما قال به خص الموجود بالبراة ولم
يتجاوز غيره وروي عن ابي يوسف انه لو شرط في العقد البراة من العيوب التي
تحدث بعد البيع لانه لما خص تبين انه ليس الغرض الزام العقد فانصرفت البراة
الى ذلك المذكور خاصة وانه ليس بموجودة ولا وجد سببه فكان شرطا فاسدا دخل
في العقد فيفسد العقد وقال في خلاصة الفتاوى ولو تبرا البايع من كل عيب
يدخل فيه العيوب والادوا وان تبرا من كل دا فهو على المرض ولا يدخل فيه الكي
ولا الاصبع الزايدة ولا اثر قرح قد برا وعن ابي حنيفة رضي الله عنه الدا هو المرض
الذي في الجوف من طحال او كبد او نحو ذلك وقال فيها ايضا رجل باع عبدا او
جارية وقال انا بري من كل دا ولم يقل من كل عيب فانه لا يبرا عن العيوب لان
الدا يدخل في العيوب اما العيب فلا يدخل في الدا وفيها ايضا لو قال للمشتري
الجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عورا لا يبرا وكذا لو قال برئت اليك
من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لان البراة عن عيب اليد والعين يكون
حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما وانما ذكرنا هذه المسايل تكثيرا للفوايد قوله لعدم
الحاجة الى التسليم دليل قوله لا يفضي الى المنازعة قوله فلا تكون مفسدة اي لا تكون
الجهالة في الاسقاط مفسدة للعقد قوله وذلك اشارة الى الزام العقد والله تعالى اعلم

باب البيع الفاسد

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير
اللازم شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا ذاتا ووصفا بخلاف

الفاسد فانه مشروع ذاتا لا صفة قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره جملة ما يفسد
به البيع ان يكون المبيع مجهولا او ثمنه او يكون محرما او ثمنه او يكون في المبيع حق لغير
بايعه لا يجوز للبايع فسخه او ان يشترط فيه شرطا فيه منفعة لاحد من الناس لا يوجبها
العقد او يكون المبيع مما لا يقدر على تسليمه او يكون في المبيع غررا وفي ثمنه فالبيع
فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند البايع او بيع ما ليس بقبضه البايع او بيع ما
ليس بقبضه البايع وكذلك ان يبيع دينا له في غير ذمته للمشتري او لمشتري به من
غير من هو في ذمته وكذلك صفقتان في صفقة وشرطين في بيع وكذلك بيع
الاوصاف والاتباع من الحيوان وما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر وان تبعض
من غير الحيوان بغير ضرر جاز بيعه ولا يجوز ان يبيع بثمن ثم يشتريه باقل مما باعه قبل
ان يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من الجهالة في المبيع او الثمن جهالة
مفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم تمنع التسليم حيث
يصح العقد لجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة واما كون المبيع او ثمنه محرما فهو
كالبيع بالخمر والخنزير او بيعهما وسيجي بيان ذلك ان شاء الله تعالى واما كون المبيع حقا لغير
البايع فكالمرهون والمستاجر فقد اختلفت العبارات في ذلك قال في موضع فاسد
وقال في موضع موقوف ومن اصحابنا من جعل في المسئلة روايتين ومنهم من قال
بان البيع موقوف وقوله فاسد معناه اي لا حكم له فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح
كذا في الايضاح وتفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط
المنفعة للبايع كما اذا قال اهبك او ان اقرضك وكاشتراطها للمشتري نحو ان قال
اشتريته على ان تقرضني وكاشتراطها للمعقود عليه كما اذا قال على ان تعتقه
او تدبره وكاشتراطها لانسان اخر نحو ان قال على ان تقرضني فلانا والاصل فيه
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط واما اذا كان شرطا يقتضيه
العقد لا يفسد به العقد كاشتراط حبس المبيع الى استيفاء الثمن وكاشتراط انتفاع
المشتري بالمبيع ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدى الروايتين
وبيع الطير الذي طار من يده وكذلك بيع الابق وكذا اذا تمكن الغرر في المبيع والثمن
كبيع السمك في الماء فان كان اخذه فالقاه في الماء فهو بيع الغرر لعجزه عن التسليم وان كان
لم ياخذه فهو بيع ما ليس بمملوك وكذا بيع ما ليس عند الانسان لقوله عليه السلام لا تبع ما
ليس عندك وكذا بيع ما لم يقبضه البايع لورود النهي عن ذلك وكذلك بيع الدين من
غير من عليه لانه عاجز عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن عليه وهو كبيع المغصوب
يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة عليه لان البايع
عاجز عن التسليم وكذلك صفقتان في صفقة نحو ان قال ابيعك هذا على ان تبيعني
هذا لانه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعين
في بيع وصورته ان يقول بعتك هذا بقفيز حنطة او بقفيز شعير فهذا بيعان
في بيع واحد وكذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع
كما اذا قال ان اعطيتني الثمن حالا فبكذا وان كان موجلا فبكذا وكذلك بيع الاوصاف
من الحيوان كبيع الالية من الشاة الحية لانها حرام قبل الذبح وايجاب الذبح على البايع ضرر

به وكذا

به وكذا بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع للنهي عن بيع الحبل وحبل الحبلة وفي اللبن
غرر فيحتمل انه انتفاخ وكذا بيع ما لم يتبعض من غير الحيوان الا بضرر كبيع ذراع من
ثوب ونوى في تمر لان الضرر منفي شرعا وان لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قفيز من صبرة وكبيع عشرة
دراهم من هذه النقرة وشرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجي بيانه
في هذا الباب ان شاء الله تعالى ثم اعلم ان مصنف القدوري رحمه الله لقب الباب بالفاسد
ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون
الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد واذا لم يبق صالحا للشيء يقال بطل قوله واذا كان
احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان
احدهما غير مملوك كالحر وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما قال العوضين تغليبا لان احدهما
معوض ويفعل مثل ذلك فيما اذا كان احد الشيئين اخف من الاخر كالعمرين لابي بكر وعمر
او احدهما كالخبيبين لعبد الله بن الزبير واخيه مصعب بن الزبير وكان يقال لعبد الله
بن الزبير ابو خبيب وكان اشهر من اخيه ثم اعلم ان ما ذكره القدوري جملة فيها تفصيل
فاما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لانها مبادلة المال
بالمال على التراضي وهذه الاشيا ليست بمال عند احد ممن له دين سماوي فيبطل البيع ولا
يفيد الملك وقد روى البخاري مسندا في الصحيح الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل
باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره ومعنى اعطى بي
اي اعطى ذمة من الذمات رسول الله بخلاف البيع بالخمر والخنزير فانه فاسد لا باطل ويفيد
الملك اذا اتصل القبض باذن البايع صريحا او دلالة بان يقبضه المشتري عقيب البيع ولا
ينهاه البايع وهذا لان الخمر والخنزير مال متقوم عند اهل الذمة ولكن الشرع اسقط التقوم بدليل
حل الاتلاف بلا ضمان فمن حيث انه مال صلح ثمنا ومن حيث انه ليس بمتقوم لم يصلح مثمنا
فكان مشروعا باصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد وفايدة ما قلنا انه لو كان المشتري
عبدا فاعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الوجه الاول وينفذ في الوجه الثاني ولو جاء مستحق
واستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق وبين المشتري في الوجه الاول وفي الوجه
الثاني يكون المشتري خصما حتى لو سمع البينة عليه لانه ملكه ثم اذا لم يفد الملك في
الوجه الاول هل يصير المقبوض مضمونا عليه بالقبض ام لا اختلف المشايخ فيه قال الشيخ ابو نصر
احمد الطواويسي وهو استاد شيخ الاسلام ابي بكر المعروف بخواهر زاده انه امانة وليس
بمضمون وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة واليه ذهب الشيخ ابو سهل السرعي قال
وقد نص في السير الكبير على هذا كذا نقل الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير في باب
الاستحقاق في البيع وقال بعض مشايخنا انه مضمون وهو قول ابي سعيد البردعي
واليه مال الامام شمس الايمة السرخسي وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه يكون
مضمونا وقال بعض مشايخنا انه مضمون وهو قول محمد بن سلمة البلخي الاول قول
ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر وسيجي ذلك وجه الضمان انه
ليس بادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا فذاك مضمون فكذا هذا ووجه الامانة
ان العقد باطل لا اعتبار له فبقي القبض باذن البايع فكان امانة وكذا البيع بالبول باطل

ايضا وكذا بيع الميتة والدم والحر وبيع المحرم للصيد لان صيد البر حرام على المحرم كالميتة فيكون
بيعه باطلا واما بيع الخمر والخنزير فهو باطل اذا قوبل بدين اي بما يجب في الذمة ه
كالدراهم والدنانير مثلا وفاسد ان قوبل بعين مثل ثوب مثلا حتى يملك الثوب بالقيمة بعد
القبض عندنا خلافا للشافعي والفرق بين الحالين ان الخمر والخنزير مال عند اهل الذمة وحقيقة
المال موجودة فيهما ايضا لانه عبارة عما يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع وقد
يميل اليهما طباع الناس ولكن الشرع اسقط تقومهما اهانة لهما وتركا لاعزازهما وفي
جعل الخمر والخنزير مبيعا بالدراهم او الدنانير اعزازهما لان الدراهم والدنانير يجب في الذمة
فكانت وسيلة الى تحصيل الخمر والخنزير فكان مقصودا بالعقد وفيه اعزاز لا محالة فلا ينعقد
العقد حتى لا يلزم الاعزاز المضاد للاهانة المقصودة من اسقاط التقوم والبيع الاشارة لهذا
فيما حدث صاحب السنن في كتاب البيوع فيه باسناده الى عن ابي هريرة رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة
وثمنها وحرم الخنزير وثمنه وحدث ايضا صاحب السنن في كتاب الاشربة باسناده
الى ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الخمر وشاربها ه
وساقيها وبايعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه بخلاف
ما اذا قوبل الخمر والخنزير بالثوب حيث يكون البيع فاسدا لا باطلا لانه يعتبر ذلك شرا
الثوب بالخمر والخنزير لا شرا الخمر والخنزير بالثوب لانه مقايضة وفي المقايضة كل واحد
من العوضين يعتبر مبيعا وثمنا فلما امكن كون الخمر والخنزير ثمنا جعل ثمنا وان
دخل الباقي في الثوب تصحيحا لتصرف المسلمين بقدر الامكان وترجيحا لجهة الصحة
على جهة البطلان ثم انما يكون البيع فاسدا فيما اذا اشترى الثوب بالخمر والخنزير لانه ليس
فيه اعزاز الخمر والخنزير بل فيه اعزاز الثوب لانه هو المقصود لكونه مبيعا والمبيع هو المقصود
لا الثمن الا ترى انه يشترط وجود المبيع لا الثمن وهلاك المبيع قبل القبض يؤثر في انفساخ
العقد بخلاف هلاك الثمن وهلاك المبيع يمنع الاقالة بخلاف هلاك الثمن والثمن في السلم لا
يرد لان كلامنا في العزيمة لا الرخصة **قوله** فيه يكون امانة اي في البيع الباطل **قوله** عند
بعض المشايخ اراد به الشيخ ابا نصر احمد بن علي الطواويسي وقد بيناه انفا **قوله** لا
يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا لكنه قبض على سوم الشرا وهنا قبض بعد
صورة الشرا فاولى ان يكون مضمونا قال الفقيه ابو الليث في العيون اذا اخذ شيئا
على سوم البيع فان بين الثمن يكون مضمونا عنده وان لم يبين الثمن يكون امانة
في يده وذكر فيه عن ابي يوسف في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته
اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شي وان قال رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا
للقيمة **قوله** في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد **قوله** وفيه خلاف الشافعي رضي
الله عنه اي وفي كون المبيع مضمونا في يد المشتري في البيع الفاسد خلاف الشافعي رحمه الله
فعنده ليس بمضمون **قوله** وسنبينه بعد هذا اي في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا
اذا باع الخمر بالثوب اي يكون البيع فاسدا لا باطلا **قوله** لكونه مقايضة اي لكون المبيع مقايضة وهي
بيع العرض بالعرض والعرض هو المتاع العيني كائنا ما كان وسمعته في درب الحجاز اعرابيا
يقول عرض بعرض وكان يريد مبادلة بعيره ببعير اخر وقال في المجمل المثل يجوزان

بيانا على هذا انما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لان العرض مثل العرض في العينية **قوله** قال وبيع
ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومعناه ه
باطل يعني اراد القدوري بالفاسد الباطل اما ام الولد فلما ذكر محمد في الاصل حديث سعيد
بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث
وقال لا يبعن في دين وقال محمد فيه ايضا كان عمر رضي الله عنه ينادي على منبر رسول
الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع امهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد مولاها وقال محمد
بن عبيد الله ابن قارب اشترى ابنة امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر رضي الله
عنه بردها وقال ابعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن وروى الكرخي
في مختصره باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه وروى عن ابن عباس
ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ولدت ام ابراهيم قال اعتقها ولدها
وقال الكرخي ايضا عن مسلم بن يسار قال سالت سعيد بن المسيب عن عتق امهات
الاولاد فقال ان الناس يقولون اول من اعتق امهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس
كذلك ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم اول من اعتقهن فلا يجعلن من الثلث ولا يبعن
في دين فلما ثبت لها استحقاق الحرية بحيث لا يجوز ابطاله لم يجز بيعها واما المدبر
فلما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي عن زيد بن ثابت وابن عمر وشريح وسعيد بن
المسيب والشعبي وابراهيم وعطا وابن سيرين انهم قالوا لا يباع المدبر الا من نفسه
وهو قول اصحابنا وسفيان الثوري ومالك رحمهم الله وروى اصحابنا في كتبهم عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وذكر
محمد بن الحسن في الاصل عن ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما باع خدمة المدبر
ولم يبع رقبته ولان سبب الحرية وهو التدبير جعل منعقدا في الحال وان كانت التعليقات
ليست باسباب في الحال عندنا لما ان ما بعد الموت زمان بطلان الاهلية فلما انعقد
السبب في الحال لم يجز ابطاله بالبيع وعند الشافعي يجوز بيع المدبر وهو قول احمد واسحق
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وجوابه ما روينا عن ابي جعفر
او نقول المراد منه المدبر المقيد مثل ان يقول ان مت من سفري فانت حر فبيعه
يجوز عندنا ايضا واما المكاتب فلا يجوز بيعه عندنا على خلاف احد قولي الشافعي فانه
يجوز عنده اذا شرط على المشتري ان يقوم مقام السيد في قبض مال الكتابة كذا في
الاسرار وانما لم يجز لان المولى لا يدله على المكاتب وجواز البيع يقف على اليد بدلالة
الابق والمغصوب ولانها معاوضة تامة في رقبة العبد فمنعت من بيعها
كالعتق على مال ولان المولى عقد عقدا اوجب زوال يده واستحقاق ارشه فمنع
من بيعه كما لو باعه ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان فعلى الظاهر يجوز بيعه
لان عدم الجواز كان لحقه فلما اسقط حقه بالرضى بالبيع انفسخت الكتابة فجاز البيع وروي في
النوادر انه لا يصح فان قلت كيف قال صاحب الهداية ان بيع هؤلاء باطل فلو كان باطلا
لم لو جمع بين قن وحر لا يجوز البيع اصلا ولو جمع بين قن وواحد من هؤلاء يجوز البيع في حق القن
بالحصة ولهذا قال محمد في الاصل واذا اشترى الرجل عبدين فاذا احدهما مكاتب او مدبر

او اشتري امتين فاذا احدهما ام ولد وقد قبض المشتري من الرجل عبدين فاذا احدهما مكاتب
المبيع فانه يرد المكاتب والمدبر وام الولد في ذلك بحصته من الثمن ولا يشبه هذا الحر الا ترى
ان بعض الفقها يجيز بيع ام الولد والمدبر وان هاولا رقيق بعد ثم لم يعتقوا وليس
للمشتري خيار في الباقي منهما اذا علم بذلك يوم اشترى الي هنا لفظ الاصل قلت اراد
بالباطل انه لا يفيد الملك بعد القبض كما يفيد الملك بعد القبض ساير البياعات الفاسدة وهولا
ليسوا كالحر لانه لا يدخل في البيع اصلا وهولا يدخلون لقيام الرق فيهم ثم يرد البيع فيهم لاستحقاقهم
انفسهم فيبقى البيع بالحصة وهو جايز بقاوان لم يجز ابتدا وسيجي ذلك في اخر هذا الباب ان
شا الله تعالى **قوله** ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله اي لو صح بيع هولا لبطل ما قلنا من
المعاني وهي استحقاق ام الولد العتق وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال واستحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولي فلم يجز بيعهم ليلا يبطل هذه المعاني **قوله** والاظهر الجواز
احتراز عن رواية النوادر وقد مر ذلك **قوله** وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه اي قولهما بالضمان في ام الولد
والمدبر رواية عن ابي حنيفة وهذا هو المعلوم من ظاهر كلام صاحب الهداية وقال بعضهم
في شرحه فالروايتان عن ابي حنيفة في حق المدبر فروى المعلى عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما تضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات
عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت
الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب كذا ذكر رواية المعلى قاضي خان
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولا تضمن ام الولد عند ابي حنيفة بالايدي كما يضمن
في الغصب كما يضمن الرقيق ويضمن مما يضمن به الصبي الحر اذا غصب روي عنه
محمد في الاملا الي هنا لفظ الكرخي وقال صاحب التحفة اراد بها انها اذا اتلفت من
سبب حادث من جهة الغاصب بان ذهب بها الي طريق فيها سباع فاتلفها
ونحو ذلك واجمعوا انها تضمن بالقتل لان دمها متقوم وضمان القتل ضمان دم ثم صورة
المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن باع ام
ولده او مدبرة له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه وقال ابو يوسف ومحمد
يضمن قيمتهما في الغصب والبيع وهذه من الخواص قال فخر الاسلام رحمه الله ونظير ذلك
في السير الكبير رجل باع عبدا من رجل بميته وقبضه المشتري فهلك عنده لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وجه قولهما انه مقبوض بجهة البيع كالمقبوض على سوم
الشرا فذلك مضمون لانه مقبوض بجهة البيع فكذا ما نحن فيه والدليل على قبضهما
بجهة البيع انهما مالان متقومان بالاجماع ولهذا يدخلان في البيع الا ترى انه اذا جمع
بين قن وبين احدهما وسمي الثمن صح البيع في القن بحصته من الثمن وانما لم يثبت
حكم البيع فيهما صيانة لحقهما ولا صيانة في دفع الضمان عنهما وهذا لا يشبه المكاتب
لان يده مانعة قبض غيره ولا ضمان بدون تحقق القبض وهذا لان المكاتب في
يد نفسه دون ام الولد والمدبر على انا نقول المكاتب والمدبر يضمن في البيع كما
في الغصب في رواية المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكره النقد وري
في التقريب فلا حاجة الي الفرق حينيذ ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه

ان مالا يدخل تحت حكم البيع لا يكون مضمونا بالبيع كالمكاتب ثم المدبر وام الولد لا يدخلان تحت حكم
البيع وهو الملك بالاتفاق لانهما ليسا بمحل لحكم البيع فلا يكونان مضمونين لان الضمان مقابل
بالملك حيث يملك المضمون بادا الضمان فلما لم يصح الملك فيهما لم يكن الضمان كالمكاتب
اذا هلك في يد المشتري واما جهة البيع فانما يلحق بحقيقة البيع اذا كان المحل يلحق
حقيقة البيع والمدبر وام الولد لا يقبلان ذلك واما دخولهما في البيع فلم يكن ذلك في
حق انفسهما بل ليتعدى حكم البيع في المضموم اليهما كمال المشتري لا يدخل تحت البيع اذا انفرد
اما اذا انضم الي مال البايع فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليتعدى الحكم في مال البايع
حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البايع بحصته من الثمن وهذا النظير اعني مال
المشتري هكذا ذكره فخر الاسلام ولكن بعبارة اخرى وقال في التتمة والفتاوى الصغرى
اذا جمع بين ماله ومال غيره وباع من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز اصلا وبه كان
يفتي ظهير الدين والاول هو اصح **فيه** وهذا لان المدبر وام الولد اشارة الي ان كل واحد منهما
مقبوض بجهة البيع **قوله** وهما اي ام الولد والمدبر **قوله** فكذلك اشارة الي دخولهما في
البيع **قوله** كذا هذا اي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني ثبت حكم الدخول في البيع في حق
المضموم اليه وهو القن لا في حق ام الولد والمدبر ثم علم ان قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف
المشايخ قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد
فانه ذكر في الف مسيلة يضمن ما نقصه التدبير خصوصا في الزيادات في باب
المدبرة المجهولة وذكر الشيخ الامام القاضي علي السعدي في فوايد قيمته ثلثا قيمة
القن لان منفعة الوطي والسعاية باقية ومنفعة البيع زايلة وقيمة ام الولد
ثلث قيمة القن وذكر خواهر زاده في شرح كتاب الدعوى في قيمة المدبر اختلاف
المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة
البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الاخر
وهكذا في فتاوى الفقيه ابي الليث وبه يفتى وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر
بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن وما قال خواهر زاده هو الاصح وعليه
الفتوى الي هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد
وهذه من مسايل القدوري وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن
باع سمكا في حظيرة ولا يستطيع ان يخرج منها الا بصيد لا يوخذ الا بصيد
فالبيع فاسد وان كان يوخذ بغير صيد فالبيع جايز والمشتري بالخيار اذا
راه قال فخر الاسلام معنى المسيلة اذا كان البايع اخذها ثم القاها في حظيرة
ما فكانت ملكا له يعني قول محمد يجوز بيع السمك اذا كانت توخذ بغير صيد
فيما اذا كان البايع مالكا لها ثم القاها في حظيرة ما فكانت ملكا له ثم اذا
كانت توخذ بغير صيد صح البيع لانه باع ما يملكه وهو مقدور التسليم فاذا لم تكن
توخذ بغير صيد لا يصح بيعها لعدم القدرة على التسليم عقيب العقد كالعبد
الابق والفرس الغاير اما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل
لعدم الملك وان لم يستطع الخروج كما اذا فرخ الصيد في ارضه من غير
ان يتخذه مكانا فاذا اتخذه مكانا كان ملكا لصاحب الارض فاذا رهن

فاذا رهن المشترك فله الخيار لانه اشترى ملكا لم يره لان الرؤية في الما لا تحقق كما هي وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر محمد ابن الحسن في المسايل الرقيات لو ان
رجلا اتخذ حظيرة في ارضه فدخل الما واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد ان
ياخذه ولو اتخذها حتا اخرى فمن اخذ السمك فهو له قال ولذلك الرجل حفر في ارضه
حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ
ذلك للصيد فهو لمن اخذه وقال ابو يوسف في كتاب الخراج لا يجوز بيع السمك
في الما لانه غرر وهو للذي يصيده فان كان يوخذ باليد من غير ان يصطاد فلا باس
نبيعه ومثله اذا كان يوخذ بغير صيد كمثل سمك في جب فاذا كان لا يوخذ الا
بالصيد فمثله كمثل ظبي في البرية او طير في السما فلا يجوز بيع ذلك لانه غرر وهو للذي
صاده وقد رخص في بيع السمك في الاجام قوام فكان الصواب عندنا في قول من
كرهه حدثنا العلا بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي
الله عنه انه قال لا تبايعوا السمك في الما فانه غرر وحدثنا يزيد بن ابي زياد عن المسيب
بن رافع بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال لا تبايعوا السمك في الما فانه غرر
الي هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج ثم قال ابو يوسف فيه حدثنا ابن ابي
ليلى عن عامر الشعبي قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر قال في
ديوان الادب الغرر الخطر **قوله** الا اذا اجتمعت فيها بانفسها استثنا من قوله
جاز يعني لا يجوز بيع السمك الا اذا اجتمعت فيها بانفسها من غير احتيال لها فاذا
اجتمعت فيها باحتيال يجوز بيعها اذ كانت توخذ بغير صيد وقد مر بيانه وان
كان لا يمكن اخذها بغير صيد لا يجوز البيع الا اذا قدر على التسليم بعد ذلك وسلمه
حيث يجوز البيع على قول الكرخي خلافا لمشايخ بلخ هكذا ذكر الخلاف في شرح الطحاوي
قوله قال ولا يبيع الطير في الهوا اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا كان
طيرا لم يصطد بعد فانه بيع ما لا يملكه فلا يجوز وان كان طيرا اخذه ثم انفلت
منه او ارسله بنفسه فلا يجوز ايضا لانه غير مقدور التسليم عقيب العقد وهذا هو
الظاهر عن اصحابنا ثم لو قدر على التسليم لا يعود الى الجواز على قول مشايخ بلخ كذا في
شرح الطحاوي واليه ذهب صاحب التحفة وذلك لانه وقع فاسدا و يعود الى
الجواز على قول الكرخي وقال في التحفة وعن الطحاوي انه يعود جايزا وكذلك
الحكم فيما اذا جعله ثمنا لان الثمن اذا كان عينا فهو مبيع في حق صاحبه وقال القاضي
فخر الدين في فتاواه وان باع طيرا له يطير في الهوا ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على
اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال
قريبا من ورقه والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم
قوله ولا بيع الحمل ولا النتاج وهذه من مسايل القدوري وذلك لما روي في الموطا
والصحيح والسنن وغيرهما مسندا الى نافع عن بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع حبل الحبلة وروي في الموطا مسندا الى سعيد بن المسيب انه كان يقول
لا ربوا في الحيوان وانما نهي عن الحيوان عن ثلث عن المضامين والملاقيح وحبل
الحبلة وانما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر لانه لا يدرى هل ينتج تلك الناقة ام لا

تنتج ان بقيت فربما هلكت قبل ان تحمل وتلد والمضامين ما في اصلاب الفحول والملاقيح ما في
البطون جمعا ملقوح ومضمون يقال لقحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه
بحذف الجار وضمن الشي بمعنى تضمنه واستبسره فقال ضمن كتابه كذا وهو في ضمنه
وكان مضمون كتابه كذا والحبل مصدر سمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التا
للاشعار بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين الذي في بطن
الناقة على تقدير انه يكون انثى كذا في الفايق واراد بالنتاج نتاج الحمل اعني ولد
الجنين وروى بعض الفقها الحبلة بكسر البا ولم يثبت ذلك في كتب الحديث **قوله** ولان
فيه غررا والغرر الخطر وقيل الغرر ما يكون مستور العاقبة **قوله** ولا اللبن في الضرع اي قال
القدوري في مختصره ويجوز اعراب اللبن بالجر على حذف المضاف وترك المضاف اليه على
حاله على معنى ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ويجوز بالرفع ايضا على حذف المضاف واقامة
المضاف اليه مقامه لعدم اللبس كقوله تعالى واسيل القرية اي اهل القرية وانما لم يجز ذلك
لمعنى الغرر وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الغرر وقد حدث صاحب السنن
وغيره مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع الغرر ومعنى الغرر فيه احتمال الانتفاخ وقال محمد بن الحسن في الاصل واذا اشترى
الرجل صوف الغنم وهو على ظهرها والبانها في ضروعها فان ذلك لا يجوز بلغنا ذلك عن
عبد الله بن عباس ولانه ربما يقع التنازع بين البايع والمشتري في كيفية الحلب فلا
يجوز البيع لادايه الى قلب الموضوع لان وضع الاسباب لقطع المنازعات فاذا افضى البيع
الى ذلك لزم ما قلنا ولانه يجوز ان يجتمع اللبن في الضرع بعد عقد البيع فيختلط المبيع بغيره
بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز وكذلك لا يجوز اذا باع دقيقا في هذه الحنطة او زيتا في هذا
الزيتون او دهنا في السمسم او عصيرا في العنب او سمنا في اللبن ونحو ذلك **قوله**
وضعا ما انتفاخ وكانه اراد به فلعله انتفاخ بطريق التضمين **قوله** قال والصوف
على ظهر الغنم اي قال القدوري في مختصره ويجوز اعراب الصوف بالرفع والجر على
ما تقدم بيانه في قوله ولا اللبن في الضرع ثم اعلم انه اذا باع الصوف على ظهر الشاة
جاز عند ابي يوسف خلافا لهما قال بعضهم البيع كذلك كذا في المختلف وجه الجواز القياس
على قوايم الخلاف لانه مال معلوم مقدور التسليم في الحال ووجه الظاهر ما روي
عن بن عباس رضي الله عنهما انما بطل بيع الصوف على ظهر الغنم ولان موضع القطع
غير معلوم لانه لا يتصور القطع على وجه لا يبقى شي بغير المبيع حينيذ فلم يجز كبيع اللبن في
الضرع وليس الصوف من الصوف على ظهر الشاة فكان المبيع مجهولا فلم يجز لادايه الى
المنازعة في موضع القطع ولان الصوف يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير
المبيع حينيذ فلم يجز كبيع اللبن في الضرع وليس الصوف كقوايم الخلاف لان القوايم تنمو
من كل فوق وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره والشعر
ينمو من تحت فيلزم اختلاط المبيع بغيره فظهر الفرق وقال في الفتاوى الصغرى بيع
الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لانه ينمو من اسفله اما بيع قوايم الخلاف فالقياس
ان لا يجوز ولكن جاز لتعامل الناس فيه ولان النمو من اعلاه لا من اسفله فلا يتمكن
الغرر وبيع الكراث يجوز وان كان من اسفله للتعامل كذا في بيوع خواهر زاده.

الي هنا لفظ الفتاوي الصغرى وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي ان بيع قوايم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول **قوله** لانه من اوصاف الحيوان جعل الصوف وصفا لانه تبع للحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا بايراد العقد عليه **قوله** والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع يريد بهذا بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل يعني ان بيع القصيل يجوز لان القطع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع في موضع القطع لا محالة والقلع في الصوف وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس بل القطع هو المعتاد فيقع التنازع في موضع القطع لا محالة فلا يجوز لجهالة موضع القطع ولقد اخطا من روى لفظ الهداية والقطع في الصوف غير متعين لانه وقع فيه من غير ذكر **قوله** في هذا الصوف اي في الصوف على ظهر الغنم وانما قيد بقوله في هذا الصوف احترازا عن الصوف المجزوز فانه يجوز بيعه على جميع الروايات **قوله** قال وجذع في سقف وذراع من ثوب اي قال القدوري في مختصره ويجوز الرفع والجر في اعراب الجذع والذراع على ما تقدم بيانه وانما لم يجز البيع لمعنى المضرة لانه لا يتهيا التسليم بلا ضرر والعقد ما اوجب عليه الضرر والتزام الضرر بلا عقد لا يكون لازما فلا يعتبر فيتمكن من الرجوع فيتحقق المنازعة بخلاف ما اذا لم يكن في التبعيض والتسليم مضرة حيث يجوز البيع كبيع عشرة دراهم من هذه النقرة وبيع قفيز من صبرة قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه رضي بان ذلك لا يلزم فله ان يرجع عن ذلك فيبطل البيع الا ان يقطعه اتفاقا فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا من سقف او اجرا من حائط او ذراعا من كرباس او من ديباج فلا يجوز بيعه وان حصل في ملكه لاجل المضرة فان رضي الضرر ونزعه وسلمه الى المشتري نفذ البيع ويجبر المشتري على الاخذ الا اذا كانت نسمته وتمييزه بعد الفسخ فلا يجبر المشتري على الاخذ الى هنا لفظ شرح الطحاوي ثم اعلم ان بيع ذراع من كرباس انما لا يجوز اذا كان الثوب مما لا يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة اما اذا كان كرباسا لا يتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابي وقد مر ذلك في اول كتاب البيوع قبيل فصل اوله ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وقال في الفتاوى الولوالجي رجل باع النواة في التمر فالبيع فاسد لانه لا يتمكن نزعها الا بضرر واما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز فكذا اختار الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه لا ضرر في نزعه **قوله** ولو لم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا يعني هذا الذي ذكرنا من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا اما اذا لم يكن الجذع متعينا فلا يجوز البيع لمعنيين احدهما ما ذكرنا في الجذع المتعين وهو انه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرنا والمعنى الثاني الجهالة لانه غير متعين **قوله** بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبزر في البطيخ متصل بقوله يعود صحيحا يعني اذا قلع الجذع او قطع الذراع وسلم عاد البيع صحيحا بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ واخرج النوى والبزر وسلم لا يعود البيع صحيحا لاحتمال وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والبزر بفتح البا والكسر فيه لغة بزر البقل

وغيره **قوله** قال وضربة القانص اي قال القدوري في مختصره وفي اعراب الضربة وجهان رفعا وجرا كما تقدم في قوله ولا اللبن في الضرع وفسر صاحب الهداية ضربة القانص بقوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة وهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا اصاد وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن ضربة القانص وروي في تهذيب الازهري انه نهى عن ضربة القانص وهو الغواص على اللالي وكذلك روي في الفايق للزمخشري ايضا حيث فسر بقوله هي ان يقول اغوص غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح والمعنى فيهما واحد وهو انه بيع المجهول لانه لا يدري ما الذي يحصل من الضربة وجهالة المبيع يفسد البيع وان فيه غررا لانه يحتمل ان يحصل شي من الضربة ويحتمل ان لا يحصل ولانه بيع ما ليس عنده الانسان لانه ما كان مالكا وقت العقد لما يحصل من الضربة وقد قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والوجه الاخير ما سنح به خاطري **قوله** قال وبيع المزابنة اي قال القدوري في مختصره وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد واعلم ان بيع المزابنة لا يجوز وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا اي حزرا والمجذوذ المقطوع وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ذلك فيما دون خمسة اوسق وهو مذهب احمد واسحق والاصل في ذلك ما روي في صحيح البخاري وغيره مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة اشترا التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا كذلك فسرت في الحديث في الصحيح وروى الترمذي باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة ورخص في العرايا وهذا الحديث ذكر في شرح الاثار بطرق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا حتى قال الطحاوي قد جاءت هذه الاثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل القبلة جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيها ولكنهم تنازعوا في تاويلها فقال قوم العرايا ان يكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل اخر قالوا وقد كان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوايطهم فيجي صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب النخل الكثير ان يعطي صاحب النخلة والنخلتين خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه ويخلص ثم الحايط كله لصاحب النخل الكثير فيكون فيه هو واهله وقد روي هذا القول عن مالك بن انس رضي الله عنه قال الطحاوي وكان ابو حنيفة رضي الله عنه يقول فيما سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل ثمر نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم بقوله ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح فلو كانت العرية كما ذهب اليه مالك لما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون وقال في الفايق المزابنة

بيع التمر في رؤس النخل بالتمر لانها تؤدي الي النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع والعرية
النخلة التي يعري الرجل محتاجا اي يجعل له ثمرتها فرخص للمعري اي يبتاع ثمرتها من
المعري بتمر لموضع حاجته سميت عرية لانها اذا وهب ثمرتها فكانها دخرها من التمرة
وعراها منه لم يتق منه الاعرا الي هنا لفظ الفايق ونخلة سنها اي قديمة والرجبة النخلة
التي توجب اي يبني حولها جدار ليعتمد عليه وقال الطحاوي في مختصره والعرية ان
يعري الرجل ثمر نخلته ولا يجدها المعري حتي يبدو للمعري ان يمنعه منها ويعوضه
عنها بخرصها تمرا ويقبل ذلك منه المعري فيطيب له ذلك للمعري والمعري
ويخرج المعري بذلك من حكم من وعد وعدا ثم اخلفه ويخرج المعري بذلك من حكم
من اخذ عوضا من شي لم يكن ملكه فان قلت قد صرح في حديث زيد بن ثابت رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا
ودل سياق الحديث ان المراد من العرايا بيع ثمر بتمر قلت القران في النظم لا يدل علي
القران في الحكم وقد يقرن بالشي وحكمها مختلف وقد عرف ذلك في الاصول فان
قلت جا في حديث ابي هريرة التوقيف علي خمسة اوسق الا تري الي ما حدث مالك
في الموطا عن داود بن الحصين عن مولي بن ابي احمد عن ابي هريرة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة اوسق شك داود
في الخمسة او دونها وهذا دليل علي انه بيع لانه ينفي حكم ما فوق الخمسة ولو لم يكن المراد
البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها قلت لا نسلم لانه ينفي ذلك لان تخصيص الشي
بالذكر لا يدل علي نفي ما عداه وفايدة التخصيص في الخمسة لما انهم كانوا يعرون في هذا
القدر ولم يدل علي نفي ما وراء ذلك وانما كان يدل علي ذلك اذا كان قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يكون العرية الا في خمسة اوسق او فيما دون خمسة اوسق
فان قلت جا في حديث جابر بلفظ الاستثنا بان يقال الا العرايا والاستثنا من البيع
يدل علي ان العرية هي البيع حملا للاستثنا علي الحقيقة قلت قوله عليه السلام
التمر بالتمر مثل بمثل حديث مشهور فلو حمل العرايا علي البيع يلزم التعارض بين الحديثين
والاصل عدم التعارض فتوفق بينهما بالحمل علي ما فسره ابو حنيفة رضي الله عنه
دفعا للتعارض والاستثنا قد يكون منقطعا كما في قوله تعالى فانهم عدو لي الا رب
العالمين وقد دل الدليل علي ذلك لان العرية في لغة العرب هي العطية وانما
سميت بيعا مجازا لتصوره بصورة البيع حيث جعل المعري تمرا مجذوذا بمقابلة
ما علي رؤس النخل فان قلت ان كان الامر علي ما ذهب اليه ابو حنيفة رضي الله
عنه من تفسير العرايا فما فايدة الرخصة فيها حينيذ قلت فايدته ما رويناه من مختصر الطحاوي
وهو حصول الطيب للمعري والمعري وخروج المعري من حكم الخلاف في الوعد وخروج
المعري من حكم من اخذ عوضا من شي لم يملكه والله اعلم **قوله** وهو بيع التمر علي النخيل
بتمر مجذوذ والاول بالتا المنقوطه بالثلث والثاني بالثنتين كذا وقع سماعنا من ابن البخاري
وفرغانه وذلك ان ما علي النخل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف فقلنا بالثلث
حتى يعمهما جميعا او بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزابنة لا يجوز
كيف ما كان لشبهة الربوا سوا كان الرطب بالرطب او التمر بالتمر او احدهما بالاخر

قوله والمحاقلة

قوله والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا قال في الفايق الحقل القراح من
الارض وهي الطيبة التربة الخالصة من شايب السبخ الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل اذا زرع
والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما وقيل هي اكترا الارض بالبر
وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر وقيل بيع الزرع قبل ادراكه الي هنا لفظ الفايق وجا في امثالهم
لا تنبت البقلة الا الحقلة يقال خرص النخلة حزر ما عليها من التمر يخرصها خرصا وانما قال او لا
مثل كيله خرصا وثانيا مثل كيلها خرصا لانه لم يوجد كيل ما علي النخيل وكيل ما في السنبل حقيقة
وانما قدر كيل ذلك حزرا **قوله** فلا يجوز بطريق الخرص اي لا يجوز بيع المكيل بمكيل من جنسه لشبهة
الربوا باحتمال الفضل والشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة **قوله** وقال الشافعي
رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق وفيما فوقها لا يجوز بالاتفاق وله في خمسة اوسق قولان
كذا في المختلف **قوله** فيكون برا مبتدا اي يكون اعطا المعري كالتمر المجذوذ برا ابتدا لا بيعا
قوله ولا يجوز البيع بالقا الحجر والملامسة اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ الهداية
ذكر قوله والمنابذة بعد قوله والملامسة قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وبيع الملامسة
والمنابذة لا ينعقد بهما بيع وهما بيعان كانا في جاهلية يتراوض الرجلان في السلعة فيلمسها
المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضي مالكها او لم يرض بهذه الملامسة واما
المنابذة فكان الرجلان يتراوضان علي السلعة فيجب مالكها الزام المساومة له عليها اياها
فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع اخر قد كان اهل الجاهلية يتبايعونه
ويسمونه بيع الحصاة وهو انهم كانوا يتراوضون ويتساومون علي السلعة فاذا وضع
الطالب لشرايها حصاة عليها ثم له المبيع فيها علي صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاعها
فيها فنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله الي هنا لفظ الطحاوي
وروي في صحيح البخاري وغيره مسندا الي الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة ولان في هذه البيوع تعليق التمليك
بالخطر والتمليكات لا تحتمل التعليق لافضا به الي معنى القمار فيفسد البيع وذلك لانه
بمنزلة ما اذا قال البايع للمشتري اي ثوب القيته عليه الحجر فقد بعته وكذلك في
غيره بان يقول اي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وان يقول المشتري اي ثوب
نبذته الي فقد اشتريته والتساوم من السوم يقال سام البايع السلعة اي عرضها وذكر
ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل علي سوم اخيه اي لا
يشتري كذا في المغرب **قوله** قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين اي قال القدوري في مختصره وانما
لم يجز بيع احد الثوبين لكون المبيع مجهولا وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد اذا كانت تفضي
الي المنازعة وهذه تفضي اليها لان البايع لا يدري ما يسلم والمشتري يشتري ما يتسلم فيقع
المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فانها لا يمنع عن التسليم والتسلم ولو قال
بعت احد الثوبين علي ان تاخذ المشتري ايهما شا بعشرة فقبل جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقد مضي بيان المسيلة مستوفي في اواخر
باب خيار الشرط والي ذلك الموضع وقعت الاشارة في قوله وقد ذكرناه بفروعه
قوله قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها وهذه من مسايل الجامع الصغير قالوا المراد
بالمرعي الكلا وانما فسروا بهذا لان موضع الرعي اذا كان ملكا للعاقد واذن له المالك

جاز بيعه اما الكلا فانما لم يجز بيعه لانه مباح يشترك فيه جميع الناس فلا تثبت الملك لاحد
قبل الاحراز فلم يجز قبل الاحراز لانه باع ما لا يملكه الا ترى الى ما روى صاحب السنن عن
علي بن الجعد باسناده الى رجل من المهاجرين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلث
الكلا والماء والنار ولهذا لم يجز بيع الماء في النهر وبيع طريق الجادة فكذا هذا واما اجارة
الكلا فانما لم يجز لمعنيين احدهما ما ذكرنا وهو انه لا يملكه فلا يجوز اجارة ما ليس يملكه
والمعنى الثاني ان العقد وقع على استهلاك العين والاجارة تقع على استهلاك المنافع
مع بقاء العين وهنا وقعت على استهلاك العين وهو الكلا فلو وقعت على عين مملوكة
لا يجوز الا ترى انه لو استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز كذلك لا يجوز اذا اجر الفصيل
ليرعى دوابه وهنا وقعت على عين ليست بمملوكة فكان عدم الجواز بالطريق
الاول قال الولوالجي في فتاواه رجل باع الزرع وهو قصيل فهذا على ثلثة اوجه
ان باع على ان يقطعه المشتري او يرسل دابته فيه فهذا كله جائز لانه شرط ما يقتضيه
العقد وان باع على ان يتركه لا يجوز لانه شرط ما لا يقتضيه العقد وكذلك لو اشترى
رطبه بالفارسية سيست زار فهو ايضا على هذه الوجوه الثلثة الى هنا لفظ
الولوالجي وذكر ايضا في فتاواه بعد هذا بصفحتين رجل باع حشيشا في ارضه ان كان
صاحب الحشيش هو الذي انبت بان سقاها الماء لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز
بيعه لانه ملكه ليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه كما لو اخذ السمك والقاه في الماء فباع
جاز وان كان الحشيش نبت بنفسه فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك له لانه مباح الا
ترى ان لكل واحد من الناس ان ياخذه والكلا واحد الاكلا وهو كل ما رعته الدواب
من الرطب واليابس كذا في المغرب **قوله** فلا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه في رجل باع نحلا قال لا يجوز وانما النحل بمنزلة الزنبور ارايت ان وجد بها عيبا بكم يردها
وقال محمد بيع النحل ودود القز جائز الى هنا حكاية لفظ اصل الجامع الصغير وقال الكرخي
في مختصره ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف فان كان في كوارتها عسل
فاشترى الكوارات بما فيها جاز وهذه حكاية لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق
التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال القدوري فيه وقد حكي عن
الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو
من حقوق واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه
عن ابي يوسف الى هنا حكاية لفظ القدوري في شرحه وهنا خبط في شرح بعضهم
يعلم ذلك بالاطلاع على ما ذكرنا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان النحل حيوان منتفع
به متمول يمكن تسليمه فجاز بيعه كغيره من الحيوان وحرمة الاكل لا تنافي البيع كما في البغل
والحمار ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ما اشار اليه في الكتاب
بقوله وانما النحل بمنزلة الزنبور يعني ان النحل من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور ولان
الانتفاع بالنحل لا يقع لعينه وانما الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم
في الحال فلم يصح البيع بخلاف ما اذا باع كوارة فيها عسل ونحل حيث يجوز بيع

النحل

النحل تبعا للعسل فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله في الجامع الصغير ان
وجد بها عيبا بكم يردها اشارة الى النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها وانما ذلك فيما يحدث
منها واما بيع دود القز وبيضه فلا يجوز عند ابي حنيفة كما لا يجوز بيع النحل لان الدود من
الهوام والبيض لا ينتفع به لعينه وما يحدث منه معدوم في الحال فلا يجوز بيعه وقال محمد
يجوز للعادة والضرورة وقال ابو يوسف لا يجوز بيع الدود الا اذا ظهر القز فحينئذ يجوز تبعا وبيع
البيض يجوز للضرورة قال في خلاصة الفتاوى والفتوى على قول محمد قال الفقيه ابو الليث
رحمه الله في العيون روى محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يجيز بيع دود القز ولا بيضه ولا بيع
النحل وقال محمد يجوز بيع النحل اذا كان بعينه محرزا وان قتله انسان ضمنه ويجوز بيع
دود القز وبيضه وقال ابو يوسف ان بيع بزر القز الذي يكون منه الدود جائز
هذا مثل بزر البقلة والرطبة ولا باس ببيع دود القز اذا خرج القز او بعضه فهو كبيع
النحل ومعه العسل وان لم يكن معه قز لم يجز فهو كبيع النحل بغير عسل وكبيع الشرب
بغير ارض وقال الكرخي في مختصره بعد ما ذكر قول ابي حنيفة وابي يوسف واجاز محمد بيع
النحل اذا كان مجموعا وكذلك دود القز يجوز بيعه والسلم فيه كيلا واذا كان في وقته ويجعل اجله
في وقته وكان محمد يضمن من قتل دود القز وروي عن ابي حنيفة انه لا يضمن من قتله وهذه
حكاية لفظ الكرخي وقال الكرخي واجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز الحيات والعقارب والوزغ
والقطاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر
من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وقالوا في الاجناس قال محمد بن
الحسن اذا كانت الدود من واحد وورق التوت منه لا يجوز انما يجوز اذا كان البيض
منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان واما اذا كان البزر بينهما على الثلث والثلثين
لا يجوز وقال الولوالجي في فتاواه امراة اعطت بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف امراة
فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحب
البزر قيمة الاوراق واجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث
بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة المثل
وكذلك اذا دفع الدجاجة ليكون البيضة بالنصف وبيان بيع السباع سيجيء في المسائل المنثورة
قبيل باب الصرف ان شاء الله تعالى **قوله** لهما انه من الهوام قال في الصحاح الهامة واحدة
الهوام ولا يقع على هذا الاسم الا على المخوف من الاجناس وقال في ديوان الادب الهامة الدابة
من دواب الارض ويقال للدابة نعم الهامة هذا **قوله** والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه وانما
قيد بقوله لا بعينه احترازا عن بيع المهر والجحش فانه يجوز لانه ينتفع باعيانهما في المال وان كان
لا ينتفع بهما في الحال **قوله** ولو باع كوارة هي معسل النحل اذا سوي من طين وهي بضم الكاف
والتشديد كذا رايت في اساس البلاغة بتصحيح المطرزي وروي بالتخفيف ايضا في
التهذيب وروي فيه ايضا كوار وكوارة بالكسر والتخفيف فيهما **قوله** والحمام اذا علم عددها
وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم وكان صاحب الهداية انما ذكر الحمام
بعد ذكر النحل ودود القز اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في الجامع الصغير لانه وضعه ثمة
كذلك والا كان من حق الوضع ان يذكره بقوله ولا بيع الطير في الهواء **قوله** ولا يجوز بيع
الابق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب

عن ابي حنيفة رضي الله عنه في عبد لرجل ابق فجا رجل الي مولاه فقال ان عبدك قد اخذته وهو عندي
في البيت فبعنيه فباعه منه قال البيع جائز وان قال اخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه مني
وصدقه الرجل بما قال فباعه المولي منه فبيعه باطل الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير
والاصل هنا ما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه نهي عن
بيع الغرر وعن بيع العبد الابق والنص ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا في حق
المتعاقدين جميعا فاذا كان الماخوذ عند المشتري زال اباقه في حقه فلم يبق ابقا مطلقا
فجاز بيعه لان النص المطلق لا يتناول المقيد ولان النص معلول بعلة العجز عن التسليم
فاذا كان عند المشتري زال المعني الموجب للفساد لانه لا عجز عن التسليم في حق المشتري
لانه في يده بخلاف ما اذا كان في يد غيره لانه ابق في حقهما جميعا ولا قدرة علي التسليم
ايضا لان البايع لا يقدر علي ان يسلم ما ليس في يده ثم لما جاز البيع فيما اذا كان الابق عند
المشتري هل يكون قابضا بمجرد العقد ام لا قالوا اذا كان اشهد حين اخذه انه اخذه للرد
لا للنفس لا يكون قابضا حتي اذا هلك في يده قبل تجديد القبض يهلك من مال البايع
لانه امانة عند المشتري وقبض الامانة لكونه ادني لا ينوب عن قبض المبيع وان لم يشهد
يكون قابضا لانه حينيذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض
البيع وهو قبض ضمان ثم اذا قدر البايع علي تسليمه فيما اذا لم يكن الابق عند المشتري
هل ينقلب العقد صحيحا ام لا قال في شرح الطحاوي فان ظفر بالعبد وسلمه الي المشتري
جاز البيع فايهما امتنع اما البايع عن تسليمه او المشتري عن القبض جبر علي ذلك ولا يحتاج الي بيع
جديد الا اذا رفعه المشتري الي القاضي وطلبه منه التسليم وعجز البايع عن تسليمه وفسخ
القاضي العقد بينهما ثم ظفر العبد فانه يحتاج الي بيع جديد هكذا ذكره الكرخي في مختصره
وجعل هذا كما اذا باع الصبي المغصوب وهو في يد الغاصب فان صحة البيع موقوف
علي التسليم وقال مشايخ بلخ وابو عبد الله البلخي يحتاج الي بيع جديد بخلاف المغصوب
لان الابق ليس في ضمان نفسه وصار كبيع الطير في الهوا والسمك في الما والوحش في الفلا العدم
فانه اذا باع ثم اخذه وسلمه لا يجوز وهذه حكاية لفظ شرح الطحاوي وجه ما ذهب اليه
مشايخ بلخ وهو ظاهر الرواية ان شرط العقد يراعي عند العقد فاذا لم يوجد عند العقد بطل
العقد فلا ينقلب صحيحا ووجه ما ذهب اليه الكرخي ان العقد انعقد لقيام المالية لان
بالاباق لا يزول ملك المولي ولهذا لو اعتقه او دبره نفذ وكذلك لو وهبه لولده الصغير
صحت الهبة ولكن المانع من النفاذ هو العجز عن التسليم وقد ارتفع بالقدرة عليه فنفذ
العقد ولان وجوب التسليم حكم العقد فيراعي القدرة عند الحكم لا عند العقد فيصح العقد
ولكن يكون للمشتري الخيار عند تعذر التسليم كما لو ابق المبيع وقال الولوالجي في فتاواه
ولو باع الابق ثم سلم في المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر علي تسليمه فكان باطلا
وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ يعني اذا عاد من اباقه يتم العقد ولكن بشرط **قوله**
ان لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده وان فسخه قبل ذلك فلا بد حينيذ من البيع الجديد
وقد بيناه انفا **قوله** ولا بيع لبن امراة في قدح وهذه من مسايل الجامع الصغير قال
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وهذه ابين من مسيلة كتاب الاجارات لانه قال
ثمه ولا يجوز بيع لبن بنات ادم علي وجه من الوجوه ولم يذكر القدح وقال في حجرهم

يجوز بيع

يجوز بيع لبن الادميات لانه طاهر منتفع به ولنا انه ليس بمال وما ليس بمال لا يجوز بيعه والدليل
علي انه ليس بمال ان الناس لا يتمولونه ولا يتبايعون فيما بينهم ولانه جزء من الادمي وساير
اجزايه لا يجوز بيعه بعد الابانة كالظفر والشعر فكذا هذا الجزء فان قلت يرد عليكم لبن الامة
لانكم لا تجوزون بيعه مع انه مال قلت لا نسلم انه لا يجوز بيعه الا تري ان اصحابنا رووا
في شروح الجامع الصغير عن ابي يوسف انه اجاز بيعه ولين سلمنا عدم الجواز علي ظاهر
الرواية فنقول لا نسلم ان لبن الامة مال وهذا لان الرق انما حل نفس الامة لا لبنها فلا يكون
اللبن مالا وانما قلنا هذا لان الرق عند العتق لان ذلك ضعف حكمي وهذا قوة حكمية
واتخاذ المحل في المضادين شرط ثم محل العتق حي فيكون محل الرق حيا ايضا ولا حياة في اللبن
لانه موات فلا توصف بالرق والمالية فلا يجوز بيعه قال الفقيه ابو الليث في شروح
الجامع الصغير سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم يقول احمد بن حم
قال قال نصير بن يحي سمعت الحسن بن سهبوب يقول سمعت محمد بن
الحسن يقول جواز اجارة الظير دليل علي فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة
ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته
الا تري ان رجلا لو استاجر بقرة علي ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة
الظير ثبت ان لبنها ليس بمال وذكر في اجارة العيون لو ان رجلا استاجر شاة لترضع
جديا او صبيا فانه لا يجوز لان اللبن له قيمة **قوله** في قدح انما قيد بهذا دفعا للوهم متوهم
ان بيع لبن المراة انما لم يجز لانه في الثدي وفيه غرر فنفاه بهذا يعني لا يجوز بيع لبنها وان
كان في قدح او نقول اخرج الكلام مخرج العادة في اللبن بيعها بعد الحلب وانما قيد
المشروب بالطاهر احترازا عن الخمر فانها نجسة فلا يجوز بيعها **قوله** لانه يختص بمحل
القوة التي هي ضده وبيانه بمحل القوة التي هي ضده وبيانه مر انفا والضمير في كانه وفي
ضده راجع الي الرق والمراد من القوة العتق **قوله** ولا بيع شعر الخنزير وصورة المسيلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شعر الخنزير قال لا يجوز
بيعه ولا باس بالانتفاع به للخرازين يخرزون به الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير
اما عدم جواز البيع فلانه نجس العين فلا يكون مالا وبيع ما ليس بمال لا يجوز وعلي ذلك
انعقد الاجماع واما الانتفاع فانما جوز للضرورة لان عمل الخرز لا يتاتي بدون ذلك
وللضرورة اثر في اثبات التخفيف وسقوط الحظر والانتفاع بلحمه جاير عند الضرورة
قال تعالي فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فكان الانتفاع بشعره اولي عند
الضرورة لان الشعر اخف منه بدليل ان شعر الميتة طاهر ولحمها لا ولا ضرورة الي
تجويز البيع لانه يوجد مباحا غالبا قال الفقيه ابو الليث وان كانت الاساكفة لا يجدون
شعر الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان هذه حالة الضرورة واما البايع فيكره
له البيع وقال ايضا روي محمد بن سيرين انه كان لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير
وذكر عن بعض الصالحين انه كان يامر ان يخرز خفه بليف وكان يكره ان يخرز بشعر
الخنزير ولكن المسلمين قد توارثوا استعمال شعر الخنزير وقال النبي صلي الله عليه وسلم
لا تجتمع امتي علي الضلالة قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال محمد اذا وقع شعر
الخنزير في الما لم ينجس لان حل الانتفاع يدل علي الطهارة وعن ابي يوسف ان الما

لم ينجس كان حل الانتفاع يدل على الطهارة وعن ابي يوسف ان الماينجس لانه نجس العين الا في حال
الضرورة ولا ضرورة في هذا قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قلت كيف جعل عدم جواز البيع
في شعر الخنزير اهانة له لجواز البيع يكون اعزازا فحصل من هذا ان بيع الشعر في صورة اعزاز
وفي صورة اهانة وهما ضدان والشي الواحد لا يجوز ان يكون سببا للضدين قلت نعم اذا
كان سببا لهما في محل واحد اما في محلين مختلفين يجوز ان يكون سببا لهما كالنكاح سبب الحل
المنكوحة للناكح وسبب لحرمتها لابنه ولابيه وهذا كالاحراق فانه اهانة للادمي اعزاز
للحطب بالاعتبار به في الانتفاع قوله ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها قال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في شعور الناس قال لا يجوز بيعها
والانتفاع بها قال الكرخي في مختصره وروي بن سماعة عن ابي حنيفة وبشر ابن الوليد
عن ابي يوسف انه لا يجوز الانتفاع بشعور بني ادم وروي ذلك ابن رستم عن
محمد عن ابي حنيفة وقال محمد لا يجوز بيعه ويجوز الانتفاع بالشعر الي هنا لفظ
حكاية الكرخي وجه ما روي عن محمد انه طاهر ويحرم البيع لحرمة الادمي وجه الظاهر
ان الادمي مالك مبتذل فلا يجوز ان يكون هو وشي منه مملوكا مبتذلا كيلا يلزم
الاهانة فلا يجوز البيع ولا الانتفاع الا فيما حل الرق فيه ولا رق فيما لا حياة له فلم يجز
بيع شعره ولا الانتفاع لعدم الرق فيه يؤيده ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة رواه ابن مسعود في
السنن وروي انه قال لعن الله النامصة والمتنمصة والواشرة والموتشرة
والواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة واتخاذ القراميل رخصة وهي ما تتخذ
من الوبر ليزيد في قرون النساء وذوائبهن اي ليزيد في اصول شعورهن بالتكثير
وفي الذوائب بالتطويل وقال فخر الاسلام قال اصحابنا شعر الانسان طاهر وهو الصحيح
عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه نجس واحتج بحرمة الانتفاع به ولحجة اصحابنا بالضرورة
في الاحتراز عن تناثر الشعور ولان شعر الادمي لا ينجس بالمزايلة فشعر الانسان اولى
وهو اظهر واطيب ولانه لا حياة له فلا يعتبر ميتا وحرمة الانتفاع به لشرفه لا لخبثه
بخلاف الخنزير تفسير الحديث لغة قال في الفايق النمص نتف الشعر والمنماص
المنقاش والاشر تحديد الاسنان والوصل ان تصل الشعر بالشعر ولا باس بالقراميل والوشم
الغرز بالابرة في الجلد وذر النور عليه لعن الفاعلة اولا والمفعولة بها ثانيا الي هنا لفظ
الفايق وقال في السنن مسندا الي ابن عباس رضي الله عنه قال لعنت الواصلة والمستوصلة
والنامصة والمتنمصة والواشمة والمستوشمة من غير داء قال ابو داود والواصلة
التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها النامصة التي تنقش الحاجب حتى
ترقه والمتنمصة المعمول بها والواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل او مداد
والمستوشمة المعمول بها هكذا فسر في السنن وروي صاحب السنن عن محمد
بن جعفر بن زياد عن شريك عن سلام عن سعيد بن جبير قال لا باس بالقراميل
ذكره في السنن في كتاب الترجل قوله قال ولا يبيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في جلد
الميتة قبل ان تدبغ قال لا يجوز بيعه وذلك لانه ليس بمال لانه نجس الا ترى

المخوليعلم الله

الي قوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب والاهاب اسم الجلد غير مدبوغ واذا دبغ فا
اديم كذا روي عن الخليل بخلاف ما اذا دبغ فان بيعه يجوز حينئذ لما روي مسلم في
صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنه قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت
فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم اهابها قد دبغتموه فانتفعتم به فقالوا
انها ميتة فقال انما حرم اكلها وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال
بعضهم انه لا يطهر بالدباغ وهو قول بشر واحتج بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وبقوله
عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وجوابه ما ذكرنا من حديث الصحيح ولان
الدباغ مثل الذكوة في ازالة الدماء والرطوبات النجسة فبالذكوة يطهر الجلد بالاجماع
فينبغي ان يطهر بالدباغ ايضا لوجود الجامع وهو ازالة الدماء والرطوبات فاذا
زالت النجاسة بالدباغ كان طاهرا فجاز بيعه والانتفاع به فان قلت اذا كانت
النجاسة في الجلد باعتبار الدماء والرطوبات ينبغي ان يجوز بيع الاهاب كالثوب
النجس لانه ليس بنجس العين قلت هذا تعليل في معارضة النص فلا يقبل لانه
نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانتفاع باهاب الميتة او نقول نجاسة
الثوب لا باعتبار اصل الخلقة فلم يعتبر نجس العين بخلاف نجاسة الاهاب
فانها باعتبار اصل الخلقة لان الدماء والدسومات والرطوبات متصلة بها باصل
الخلقة فاعتبر الاهاب نجس العين ما لم يزايله المنجس المتصل بالجلد بما عنه
فلم يجز بيعه ولا الانتفاع قبل الدباغ اما قوله تعالى حرمت عليكم الميتة
فالمراد منه والله اعلم حرمة الاكل لا حرمة الانتفاع بدليل حديث مولاة
ميمونة قوله ولا باس ببيع عظام الميتة الي اخره وصورة المسألة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها
وعقبها وصوفها وشعرها ووبرها وقرنها قال لا باس بالانتفاع بذلك كله وبيعه
جائز الي هنا لفظ الجامع الصغير اما بيان الجلد فقد مر واما بيان ساير هذه الاشيا
فنقول هي طاهرة عندنا يجوز الانتفاع بها بيعا وغير ذلك وقال الشافعي رضي الله عنه
هي نجسة لا يجوز الانتفاع بها لانها جزء من الميتة والانتفاع بها حرام لقوله تعالى حرمت
عليكم الميتة ولنا قوله تعالى ومن اصوافها واوبارها واشعارها اثاثا ومتاعا الي حين وجه
الاستدلال بالاية ان الله تعالى من علينا بالانتفاع بشعور الانعام مطلقا من غير فصل بين
حالة الحياة وحالة الممات وحديث مولاة ميمونة يدل على هذا ايضا لانه عليه السلام
قال فيه انما حرم اكلها ولان الشعر والصوف والوبر لا حياة فيها فلا يحلها الموت لانه زوال
الحياة وزوال الشي يقتضي سابقة وجود ذلك الشي لا محالة وانما قلنا بعدم الحياة فيها
لعدم الحس وعدم الالم عند القطع فلو كان فيها حياة لكان احس والالم عنده فلما لم
يكن فيها حياة لم يوثر فيها الموت يحققه انها اذا قطع حالة الحياة لا يحرم فلو كان فيها
حياة حرمت لقوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ولهذا اذا قطع السنام
او الالية من الحي حرم واما العصب والعقب والعظم فانها طاهرة عندنا لان
العلة لجواز الانتفاع في حديث مولاة ميمونة هي ازالة الدماء والدسومات والرطوبات
النجسة وهذه الاشيا ليست فيها هذه الانجاس فتعدي حكم العلة الي هذه الاشيا

وعند مالك رضي الله عنه الشعر ليس بنجس لعدم الحياة فيه والعظم نجس لوجود
الحياة فيه الا ترى الى قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم قل يحييها الذي انشاها
اول مرة فنقول لا نسلم ان العظم فيه حياة والالم الحاصل فيه عند القطع بسبب ما
يتصل به من اللحم فلو لم يتصل به لم يحصل الالم ولهذا اذا قطع القرن لا يظهر اثر الالم
والجواب عن تمسكه بالاية فنقول المراد منه والله اعلم اصحاب العظام او ردها
الى ما كانت غضة طرية واما جلد الكلب فيطهر ايضا بالدباغ وذكر في العيون
عن الحسن ابن زياد انه جعله بمنزلة الخنزير وقال الشافعي رضي الله عنه لا يطهر
لانه نجس العين كالخنزير الا ترى الى سوره نجس وكذا لحمه ولهذا لو اصاب
الماء بدنه ثم اصاب ثوبا كان نجسا باجماع بيننا وبينكم بخلاف ساير السباع عندي
ولنا انه حيوان ينتفع به حراسة واصطيادا فيطهر جلده بالدباغ كالفهد والنمر وساير
السباع والحمار فلو كان نجس العين لم يجز الانتفاع به كالخنزير والسباع كلها كلاب
كالاسد والضبع والثعلب الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم دعا على عتبة بقوله
اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط عليه الاسد فافترسه بل الكلب اخف
لمخالطته ايانا وقربه منا واعظم منفعة واما الخنزير فلا يطهر جلده بالدباغ لانه
نجس العين لقوله تعالى او لحم خنزير فانه رجس وهذا ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه يطهر بالدباغ كذا نقلوا عنه في شروح الجامع الصغير ونقل صاحب الاجناس
هذا القول عن ابي يوسف من صلاة الاثر وباقي البيان مر في كتاب الطهارة **قوله**
وقد قررناه من قبل اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها طاهر
الى اخره **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع وذكر صاحب
الهداية هذه المسألة فيها سبيل التفريع وهي ليست مذكورة في الجامع الصغير والمختصر
ولهذا لم يذكرها في البداية قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واما الفيل فاجمعوا
على جواز بيعه هذا لفظه محمد رحمه الله ولم يذكر الخلاف وكذلك ذكر في بيوع العيون
ولكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسن انه قال الفيل
لا يقع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وروي عنه انه قال عظام الفيل نجسة
لا يجوز بيعها ولا الانتفاع بها وروي عن محمد رحمه الله في كتاب الحج عن ابي حنيفة
رضي الله عنه قال لا باس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة وكذلك جلدها
اذا دبغ وروي عن ابي يوسف نحوه الى هنا لفظ حكاية الفقيه ابي الليث في
العيون وقال الفقيه ايضا في شرحه للجامع الصغير قال محمد لا يجوز الانتفاع به
ولا بيعه لان الفيل لا يقع عليه الزكاة فهو بمنزلة الخنزير وقال ابو يوسف
في الامالي يجوز بيعه والانتفاع به وروي عن ابي حنيفة هكذا الى هنا حكاية
لفظ الفقيه وجه قول محمد رحمه الله الاعتبار بالخنزير في حرمة اللحم وغيرها فكان
نجسا لعينه ولهما ان الفيل ينتفع به نصا كالكلب والسباع بخلاف الخنزير فانه لا
ينتفع به على انا نقول قام الدليل القطعي وهو نص الكتاب على نجاسته فكان نجس
العين ولم يوجد مثل ذلك في الفيل فمن ادعى قيام الدليل على نجاسة عينه فعليه
البيان قال البخاري في كتاب الوضوء من جامعه الصحيح وقال الزهري في

عظام الموتى نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها
لا يرون به باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج الى هنا لفظ الصحيح للبخاري
وذكر في العيون رواية ابراهيم بن رستم عن محمد في امراة صلت وفي عنقها قلادة فيها
سن كلب او اسد او ثعلب فصلاتها تامة لانه لا تقع عليها الزكاة **قوله** قال واذا كان السفل
لرجل وعلوه لاخر الى اخره وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل له سفل بيت ولاخر علوه فوقعا فباع صاحب العلو بيته العلو قال لا يجوز
وانما اجزنا بيعه اذا كان مبنيا لانه باع البناء الى هنا حكاية لفظ اصل الجامع الصغير
ولم يذكر محمد فيه بيع العلو بعد وقوعه والسفل قايم ولا يجوز ذلك ايضا كذا ذكروا في الجامع
الصغير وانما لم يجز بيع العلو بعد الانهدام لان البيع انما يقع على عين مال هو متقوم او
على حق له شبه بالعين بان يتعلق بالعين وهنا لم يوجد ذلك لان حق التعلي ليس
بعين لانه عرض وهو ظاهر وليس له شبه بالعين ايضا لعدم تعلقه بالعين وانما
يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه واحراز الهواء لا يمكن
بخلاف ما اذا كان مبنيا لان البناء مال وبيع المال جايز فان قلت يرد على هذا بيع
الشرب لانه حق التعلي لم يجز بيعه فينبغي ان لا يجوز بيع الشرب ايضا لانه حق الارض
ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شربها ولا مسيل مايها
الا اذا شرطا او اشتراها بكل حق هو لها او شرط مرافقها ومع هذا يجوز بيع الشرب
مع الارض وهذه رواية جميع الكتب ويجوز ايضا بيع الشرب وحده في غير ظاهر
الرواية واليه ذهب مشايخ بلخ رحمهم الله قلت لا نسلم لان الشرب لا يشبه حق
التعلي لانه عبارة عن نصيب من الماء وهو عين مال والدليل على انه مال
قول فخر الاسلام في الزيادات ان من سقى ارض نفسه بما غيره يضمن لان
ذلك متقوم وحق التعلي ليس بعين مال وكذا اذا استحق الشرب يبطل
حصته من الثمن وقد جعل في كتاب الشرب للشرب حصة من الثمن
لانه قال في شاهدين بشراء ارض بالف درهم وذكر احدهما شربه وسكت عنه
الاخر ان الشهادة باطلة لان بعض الثمن يقابل الشرب فيصير ان مختلفين
في قدر ثمن الارض وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه
ليس بمال وليس كذلك اذا بيع مع الارض لانه سقط اعتبار الجهالة تبعا للارض
ثم جواز بيع الشرب مع الارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك
الارض اما اذا باع الارض مع شرب ارض اخرى اختلف المشايخ فيه قال
في الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز **قوله** وهو اختيار مشايخ بلخ قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه من مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع
الشرب يوما او يومين حتى يزداد نوبة المشتري لان اهل بلخ تعاملوا ذلك
لحاجتهم الى ذلك والقياس مما يترك بالتعامل كما جوزنا الاستصناع للتعامل وان
كان الفقيه ابو جعفر واستاذه ابو بكر البلخي كانا لا يجوزان ذلك وقالوا التعامل في بلدة
واحدة والقياس يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع ولا يترك القياس بتعامل
بلدة واحدة الى هنا حكاية لفظ شيخ الاسلام **قوله** في كتاب الشرب اي من المبسوط

انتهى **قوله** قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الما وهبته باطل اي قال محمد رحمه الله
في الجامع الصغير اعلم ان المراد لا يخلوا من احد الامرين اما ان يكون هو رقبة الطريق والمسيل
او حق المرور وحق التسييل فان كان المراد الاول فوجه الفرق حيث جاز بيع الطريق
وهبته دون المسيل لان الطريق معلوم طوله وعرضه فصح ذلك بخلاف المسيل
فانه ليس بمعلوم المقدار لان قدر ما يشغله الما لا يدرى فلم يصح البيع والهبة للجهالة
وان كان المراد الثاني اعني حق المرور والتسييل فنقول في بيع حق المرور روايتان
فعلى رواية هذا الكتاب ورواية كتاب القسمة يجوز لا ترى الى ما قاله في الشامل
في قسم المبسوط دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة
ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا
الدار والطريق برضاهم ضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر
بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون
على عدد الروس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع الى هنا
لفظ الشامل فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل ذلك على جواز البيع والفرق
بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية وبين حق التسييل حيث لم يجز بيعه
اصلا ان حق المرور يتعلق بالطريق وهو معلوم القدر واما حق التسييل فان كان على
السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على
رقبة الارض فلا يجوز ايضا لجهالة قدر ما يشغله الما ثم الفرق بين حق المرور حيث
جاز بيعه على هذه الرواية وبين حق التعلي حيث لم يجز اصلا ان حق المرور متعلق
بما له بقا وهو الارض فاخذ حكم ما يبقى وهو العين فجاز بيعه وحق التعلي
بما ليس له بقا وهو السطح فاخذ حكم ما لا يبقى وهو المنافع فلم يجز بيعه والرواية الثانية
انه لا يجوز بيع حق المرور قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه الرواية
هي الصحيحة لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز قال في شرح الجامع الصغير
وهي رواية الزيادات **قوله** بين حق المرور حيث يجوز بيعه في رواية كتاب القسمة
وحق التعلي حيث لا يجوز بيعه **قوله** على احدى الروايتين متعلق بحق المرور لان
حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات وقد مر البيان آنفا **قوله** قال ومن اشترى
جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما اي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير وصورته فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يبيع هذه على انها جارية
فاذا هو غلام قال لا بيع بينهما وهذه حكاية لفظ محمد بعينه والاصل هنا ما ذكر صاحب
الايضاح وغيره ان التسمية والاشارة اذا وردا فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين
مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة
لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا والتسمية اعلام الماهية
وانه امر زايد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف فتعلق الحكم بالمسمى دون
المشار اليه وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالعبرة للاشارة لان ما سمي وجد
في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه فتعينت الاشارة لتمييز
الذات فتعلق الحكم بالمشار اليه اذا ثبت هذا فنقول اذا وقع البيع على جنس فاصيب

المبيع

المبيع غير ذلك الجنس كان البيع باطلا كما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج او باع ثوبا
على انه خز فاذا هو مرعزي فالبيع باطل وبه صرح الكرخي في مختصره وان اصيب في ذلك
الجنس الا انه يخالفه في الصفة فان كان التفاوت بينهما فاحشا كان حكمها حكم الجنسين
ليكون البيع باطلا كما اذا باع شخصا على انه عبد فاذا هو جارية او باع على انها جارية فاذا
هو عبد قال القدوري قال زفر البيع جائز لان الذكورة والانوثة وصفان فلا يتبدل
بهما معنى الذات كما اذا اشترى بهيمة على انها ذكر فاذا هي انثى قلنا يتفاوت الاغراض
في بني ادم بالانوثة والذكورة تفاوتا فاحشا فاعتبرا جنسين مختلفين لاختلاف المقصود
وذلك ان الانثى يصلح للخدمة داخل البيت والفراش والغلام يصلح لخدمة خارج البيت
نحو الزراعة والتجارة وغير ذلك فلما جعل الجنس مختلفا باختلاف المقصود تعلق الحكم
بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل وان كان التفاوت قليلا جاز البيع كالذكورة
والانوثة في الحيوانات فكان الجنس واحدا وفي الجنس الواحد تعلق العقد بالمشار اليه
وانه موجود قال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد في شروح الجامع الصغير
فان كان الموجود انقص وجب الخيار وعليه نص الكرخي في مختصره حيث قال
فان كانت الصفة انقص من الصفة التي شرط كان له الخيار ان شا اخذ وان شا
ترك وان كانت ازيد فهي للمشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ونظيره ما اذا
اشترى على انه خباز فاذا هو ليس بخباز كان للمشتري الخيار لفوات الوصف
المرغوب فيه وذكر صاحب المحيط والعتابي خيار المشتري من غير تقييد
بكونه انقص ونظير ما اذا كان زايدا ما اذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده
احد عشر كان للمشتري وان كان وجده تسعا كان له الخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان
شا ترك **قوله** والفرق ينبني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد خلافا لا اصل
متفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه الله **قوله** الذكر والانثى
من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض وقد مر بيان التفاوت قال بعضهم
في شرحه في هذا الموضع اختلفوا في هذا الموضع البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم
فاسد قال وهو اختيار الكرخي وقال كذا ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان اقول هذا اختلاف
عجيب ونقل عن الكرخي عجيب اما الاول فلان محمدا رحمه الله قال في مسيلة الجامع الصغير فلا يكون
بيع بينهما فيكون تنصيصا على البطلان لان مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد فكيف
يصح بعد هذا قوله اختلفوا في انه باطل او فاسد او لان واما الثاني فلان الكرخي صرح في
مختصره بان اختلاف الصفة اذا اوجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف
في الجنس ثم في اختلاف الجنس كما اذا باع فصا على انه ياقوت فكان زجاجا او باع هذا
الثوب على انه خز فاذا هو مرعزي قال فالبيع باطل **قوله** وهو المعتبر في هذا دون
الاصل اي التفاوت في الاغراض والتقارب هو المعتبر في اختلاف الجنس واتحاده دون اصل
الحادة يعني اذا تفاوت الاغراض يجعل ما وقع عليه العقد مع الذي ظهر جنسين مختلفين
وان اتصل اصلهما بشي واحد كالثياب المختلفة مع اتحاد الاصل والاشيا المتخذة من العنب
وهذا معنى قوله كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي جنسان على ما قالوا
اي على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير والوذاري بفتح الواو وكسرها والذال

المحجة ثوب منسوب الي وزار وهي قرية بسمرقند والزندبيجي ثوب منسوب الي زندنه وهي من اشهر قصبات بخاراه وهي نسبة علي خلاف القياس قوله ومن اشتري جارية بالف درهم حالة او نسية فقبضها ثم باعها من البايع بخمس مائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم ان شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه وبعد نقد الثمن يجوز عندنا ايضا وبالمثل او الاكثر يجوز ايضا بالاجماع سواء كان قبل نقد الثمن او بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن اذا اشتري بعرض قيمته اقل منه له انه بيع تحقق شرايطه فجاز قياسا علي ما بعد نقد الثمن وعلي العرض والمثل والاكثر ولنا ما روي ابو حنيفة في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة سالت عايشة رضي الله عنها فقالت ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمان مائة واشتراها مني بستمائة فقالت ابلغي عني زيدا بن ارقم ان الله عز وجل قد ابطل جهاده ان لم يتب وما روي محمد بن الحسن في الاصل بقوله بلغنا عن عايشة رضي الله عنها ان امراة سالتها فقلت اني اشتريت من زيد بن ارقم خادما بثمان مائة درهم الي اجل ثم بعتها منه بسبع مائة درهم فقالت بيس ما اشتريت وبيس ما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله قد ابطل جهاده ان لم يتب قال محمد رحمه الله حدثنا بذلك ابو حنيفة رحمه الله رفعه الي عايشة رضي الله عنها وروي الكرخي في مختصره وقال وروي عن عايشة رضي الله عنها انه بلغها ان زيد بن ارقم باع الي العطا ثم اشتري باقل مما باع فقالت ابلغ زيد بن ارقم انه ان لم يتب فقد بطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وابطال الجهاد لا يعرف الا بالتوقيف لان شيا من المعاصي دون الكفر لا يبطل الطاعة فيحمل علي السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يلزم من ربح ما لم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البايع بالتسليم والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم القبض فاذا اشتري بالاقل لزم ربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما خرج صاحب السنن باسناده الي عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فان قلت يحتمل ان عايشة رضي الله عنها انما اغلظت القول هكذا لان البيع كان الي العطا وهو اجل مجهول لا لان فيه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عايشة رضي الله عنها جواز البيع الي اجل مجهول وهو مذهب علي وابن ابي ليلى وجماعة كذا قال القاضي ابو زيد في الاسرار فان قلت ما معنى ذم البيع الاول وهو جايز قلت انه لما كان سببا الي البيع المحظور استحق الذم كالسفر يكون محظورا اذا كان لقطع الطريق وان كان السفر مباحا في نفسه وهذا بخلاف ما اذا اشتري بالعرض لانه لا يظهر الربح عند مخالفة الجنس وكذا اذا اشتري بالاكثر يجوز لان الربح يكون للمشتري وقد حصل الربح من مبيع في ضمانه فلا يكون ربح ما لم يضمن وبخلاف ما اذا اشتري بعد نقد الثمن بالاقل لانه ربح ما هو مضمون لان الثمن دخل في ضمانه ويجوز الشرا بالاقل اذا تعيب عند المشتري لان ما نقص من الثمن يكون بازاء ما فات من المبيع بسبب العيب فلا يتحقق الربح حتى لو انتقص السعر لا يجوز ويجوز اذا اشتراه من غيره الا من وارثه لان بتحول الملك قد تبدل العين حكما فاما وارثه فبمنزلته لانه خلفه

فصار شبهة

فصار شبهة والشبهة في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة ولو باعه بدراهم واشتراه بدنانير لا يجوز استحسانا والقياس ان يجوز لان الربوا لا يجري في حق التفاضل بين الدراهم والدنانير وجه الاستحسان انهما من حيث الثمنية كالشي الواحد فيثبت شبهة الربح قال الكرخي في مختصره ولا يجوز ان يشتري ذلك وكيل البايع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة ولا مدبر للبايع ولا مكاتب ولا عبد للبايع ماذون له في التجارة في قولهم جميعا فان اشتراه والد للبايع او ولدا وولد ولد علا او سفل ومن لا يجوز شهادته للبايع ولا شهادة البايع له لم يجز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جايز ولذلك لا يجوز للموكل ان يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده الماذون ولا مضاربه باقل من الثمن الذي باع وان وكل البايع من يشتريه باقل من الثمن الاول فاشتراه في الشرا جايز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله الشرا لازم للوكيل ولا يلزم الامر وقال محمد رحمه الله يلزم الامر شرا فاسدا الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قول محمد انه امره بما لو اشتراه بنفسه يكون فاسدا ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان العقد لو زاد فسد بدليل ابطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الموكل في المعنى مشتري من الوكيل فصار كما لو اشتري من غيره قال في شرح الطحاوي اذا مات المشتري فاشتراه البايع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث الا تري انه لو وجد به عيبا كان له ان يخاصم البايع في الرد ولو لم يمت المشتري ولكن مات البايع فاشتري وارثه من المشتري جاز الشرا اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبايع في حال الحياة وقرابته من البايع لا يمنع بخلاف المشتري والفرق بينهما ان وارث المشتري قايم مقام المشتري في عين المبيع لانه ورثه منه واما وارث البايع يقوم مقام البايع في الثمن والثمن الذي ثبت في ذمته في الشرا ليس عين ما ورثه من البايع وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لا يجوز شرا وارث البايع ايضا كوارث المشتري الي هنا حكاية لفظه والباقي يعلم ثمه وينظر في باب المصراة قوله لتلك المراة المراة السايلة قوله بيس ما شريت اي بعت لان الشرا يجي بمعنى البيع كقوله تعالى وشروه بثمن بخس قوله ابلغي زيد بن ارقم هو زيد بن ارقم ابن قيس بن نعمان مالك بن ثعلبة بن كعب بن خزرج الانصاري من مشاهير الصحابة وفي كنيته اختلاف قيل ابو عمر وقيل ابو عامر وقيل سعد وقيل ابو انيسة وقيل ابو انيس وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين وهو اخذ الراية يوم موته حين استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم قوله في ضمانه اي في ضمان البايع قوله حتى له اي للبايع وهو الذي باع الجارية اولا قوله قال ومن اشتري جارية بخمس مائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل ان ينقده الثمن بخمس مائة فالبيع جايز في التي لم يشترها من البايع ويبطل في الاخرى وهذه من مسايل الجامع الصغير ذكرها محمد تفريعا للمسئلة المتقدمة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشتري جارية بالف درهم فقبضها المشتري ثم باعها من البايع واخرى بخمس مائة درهم قال يجوز البيع في الاخرى التي لم تكن بيعت اولا بحصتها ويبطل البيع في هذه وذلك لان المشتري لما باع الجاريتين بخمس مائة من البايع احديهما هي التي اشتراها من البايع في المرة الاولى بخمس مائة والاخرى هي التي لم يشترها منه

لم يكن بد من ان يقع بعض الثمن في البيع الثاني بمقابلة التي لم يشترها منه فلا محالة يكون ثمن
الجارية التي بيعت اولا باقل مما بيعت فيلزم شرا ما باع باقل مما باع وهو فاسد عندنا لما قلنا
في المسلة المتقدمة ولاجل هذا قلنا ببطلان البيع في الجارية المبيعة دون ما ضمت اليها
ولا اشكال هنا على قولهما وانما الاشكال على قول ابي حنيفة لان مذهبه ان البيع دون
ما ضمت اليها ولا اشكال هنا على قولهما وانما الاشكال على قول ابي حنيفة لان مذهبه
ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا وحله ان يقال لان الفساد
فيما اذا بيعت اولا ضعيف لانه اختلف العلما رضي الله عنهم في فسادها فلم يسر لضعف
الفساد الى صاحبتها كما اذا اشترى عبدين احدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح
في القن بحصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بحصتها من الثمن ولان
الفساد في المبيعة اولا لشبهة الربوا بسلامة الفضل للبايع الاول من غير عوض
ولا ضمان يقابله احتياطا لامر الربوا فلم يسر الى المضمومة لقصور سبب الفساد
او لان الفساد ليس بمقارن لانه ليس في صلب العقد بل هو طارئ لانهما لم يذكرا في البيع ما
يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الربوا وهي امر خفي ظهر ذلك بعد العقد
اما بانقسام الثمن على قيمتها او بالمقاصة اعني مقاصة الثمن في البيع الثاني بمقدار ذلك
من الثمن في البيع الاول فيبقى من الثمن الاول فضل من غير ان يقابله عوض فكيف ما كان يظهر
الفضل للبايع الاول فيكون مشتريا ما باع باقل منه والفساد الطارئ لا يسري كمن باع عبدين
صفقة واحدة وبين كل واحد منهما ثم الحق الاجل الى وقت الحصاد في ثمن احدهما فسد البيع
فيه ولا يتعدى الى الاخر فكذا فيما نحن فيه قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا وجه ثان
لكون الفساد ضعيفا فيها اي في المشتراة قوله اولانه طارئ هذا دليل ثان لعدم شيوع
الفساد عطفا على قوله لانه ضعيف ومر ان الكلام انفا قوله فلا يسري الى غيرها اي لا
يسري الفساد الى غير المشتراة قوله قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن
الظرف جاز وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه
بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال
على ان يطرح عني وزن الظرف فهو جايز وذلك لان المبيع في الصورة مجهول وجهالته
تفسد البيع لان وزن الظرف يحتمل ان يكون اقل من خمسين او اكثر فان كان اقل منه
يخرج بعض الزيت من ان يكون مبيعا وذلك مجهول وان كان اكثر منه يلزم الجهالة
ايضا لان القدر الزايد على الخمسين من الظرف ليس بمبيع فاذا كان كذلك كان طرح
الخمسين بوزن كل ظرف شرطا لا يقتضيه العقد فافسده بخلاف الصورة الثانية
حيث جاز العقد لان طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد لان الظرف ليس بمبيع
فيصح بوزنه والشرط لا يزيد الا تاكيدا لحكم العقد ووضع المسلة فيما اذا باع كل رطل
منه بكذا كذا قالوا قوله بظروفه اي بظروف الزيت قوله فيطرح عنه اي يطرح
البايع عن المشتري قوله كان الشرط الاول اي طرح خمسين رطلا مكان كل ظرف قوله
والثاني اي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف قوله ومن اشترى سمنا في

زق فرد

زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول
قول المشتري وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن
له السمن والزق فبلغ ماية رطل وقبضه المشتري ثم جا فقال وجدت السمن تسعين
رطلا والزق هذا ووزنه عشرة ارطال وقال البايع الزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال
والسمن خمسة وتسعون رطلا قال هذا جايز والقول قول المشتري في السمن وفي الزق
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في الاصل فالقول قول المشتري مع يمينه
وعلى البايع البينة وانما كان القول قول المشتري مع يمينه اذا لم يقم البايع البينة لان البايع
ادعى عليه زقا اخر وهو ينكر او ادعى عليه زيادة الثمن وهو ينكر ايضا فالقول قول
المنكر مع اليمين او نقول القول قول المشتري لانه هو القابض والقول قول القابض
في تعيين ما قبض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع كان القول قوله لكل واحد
منهما فيما اخذ جايرد لان ذلك مستفاد فكذا هذا قوله ضمينا كالغاصب قوله
امينا كالمودع قوله قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرايها ففعل جاز عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز على المسلم وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل مسلم له خمر امر انسانا نصرانيا ان يبيعها فباعها
قال جايز وقال يعقوب ومحمد لا يجوز على المسلم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
الفقيه ابو الليث فعلى قول ابي حنيفة لما جاز البيع ينبغي للمسلم ان يتصدق بالثمن قال
صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم ببيع صيده وجه
قولهما ان الموكل لا يملكه بنفسه فلا يملكه غيره لان تمليك ما لا يملكه لا يجوز كنكاح
المجوسية ولان حكم التصرف يقع للموكل فيصير كانه باشره بنفسه ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان الشرا والبيع وجد من النصراني وهو اهل المباشرة ذلك غاية ما في الباب ان
حكم التصرف هو ملك الثمن والمبيع يثبت للموكل حكما لتصرف الوكيل لا قصدا لان التوكيل
بالبيع والشرا طلب لهما لا مباشرتهما والمسلم اهل لتملك الخمر والخنزير حكما كما في
الارث بان كان اب المسلم نصرانيا اسلم وترك خمرا وخنزيرا فصار لمسلم له عبد نصراني
ماذون او مكاتب اشترى خمرا صح وثبت الملك للمولى ثم لما صح شرا الوكيل يخلل الموكل
الخمر ويسيب الخنزير قال صاحب المختلف وغيره وعلى هذا الخلاف المحرم اذا
وكل حلالا بشرا صيد او ببيعه بحقيقة ان العقد مقصور على الوكيل عندنا حتى ان الحقوق
يلزمه ولهذا لم يجز توكيل النصراني المسلم بشرا الخمر وبيعها والمسيلة مذكورة في الزيادات
فان قلت قياسكم صحة توكيل المسلم بشرا الخمر نصرانيا على ارث الخمر لا يصح لان الارث
يثبت جبرا لا اختيارا والوكيل على العكس قلت ثبوت الملك للموكل بتصرف الوكيل
امر جبري ايضا ولهذا يثبت الملك للموكل شا او ابى في غير هذه الصورة بالاتفاق
والجواب عما قالا لان الموكل لا يملك غيره وكذا الوكيل بشرا عبد بعينه لو وكل اخر
ان يشتريه بعينه جاز ويقع الشرا للموكل الاول وان كان هو بنفسه لا يملك ان
يشتريه لنفسه كذا في وكالة المبسوط والقياس على نكاح المجوسية فاسد لان
حقوق العقد في باب النكاح راجعة الى الموكل لا الى الوكيل وفي باب البيع والشرا

علي العكس **قوله** حكمي اي جبري لا اختياري فكذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه **قوله** ومن
باع عبدا علي ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة علي ان يستولدها فالبيع فاسد
وهذه من مسايل مختصر القدوري والاصل فيه ماروي ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ومطلق النهي يقتضي الفساد
ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي رضي الله عنه الا في شرط العتق فعند الشافعي
يجوز ذلك وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في شرح الاقطع ثم اختلف الفقها
في البيع والشرط علي ثلثة اقوال قال اصحابنا البيع والشرط كلاهما فاسدان وقال ابن ابي
ليلى البيع جايز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع والشرط كلاهما جايزان وجه قول
ابن شبرمة ماروي في السنن وشرح الاثار مسندا الي جابر بن عبد الله رضي الله عنه
قال بعته يعني بعيره من النبي صلى الله عليه وسلم واشترطت حملانه الي اهلي ووجه
قول ابن ابي ليلى ماحدث البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر عن عايشة رضي الله عنها ارادت ان تشتري جارية
تعتقها فقال اهلها نبيعكها علي ان ولاها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولا لمن اعتق ووجه قولنا حديث عمرو بن شعيب
وقد مر انفا ثم البيع بشرط انواع منها ان يشترط شرطا يقتضيه العقد كما اذا اشترى شيا
بشرط ان يسلم البايع المبيع او يسلم المشتري الثمن او يشرط ان يملك المبيع والثمن فالبيع جايز
لان هذا مقرر لموجب العقد فان ثبوت الخيار الملك والتسليم والتسلم من مقتضى
المعاوضة وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالاجل والخيار
رخصة وتيسيرا فانه لا يفسد العقد لانه لما ورد الشرع به دل انه من باب المصلحة
دون المفسدة وهذا جواب الاستحسان والقياس ان يفسد لكونه شرطا مخالفا
لموجب العقد وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين ولكن اخذنا بالاستحسان
للحديث الوارد في باب الخيار وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولم يرد الشرع
به ايضا لكنه يلايم العقد ويوافقه وذلك نحو ان يشتري بشرط ان يعطي البايع
كفيلا بالثمن او رهنا بالثمن وهذا علي وجهين اما ان يكون الكفيل والرهن معلوما
بالاشارة والتسمية او لم يكن معلوما فان لم يكن معلوما بان قال ابيعك ان تعطيني
رهنا بالثمن ولم يسم رهنا ولا اشار اليه او قال بشرط ان تعطيني كفيلا بالثمن ولم
يسم انسانا ولا اشار الى انسان كان البيع فاسدا لان هذه جهالة تفضي الي المنازعة
مانعة عن التسليم والتسلم واما اذا كان معلوما بالاشارة او التسمية فالقياس ان لا
يجوز البيع وبه اخذ زفر وفي الاستحسان يجوز وهو قول علماينا رحمهم الله وهو الصحيح
لان الرهن والكفالة بالثمن شرعا توثيقا للثمن فيكون بمنزلة اشتراط الجودة في
الثمن فيكون شرطا مقررا لما يقتضيه العقد معنى ثم انما يجوز البيع استحسانا في
اشتراط الكفالة اذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل فاما اذا كان غايبا فانه لا يجوز وان بلغه
الخبر فقبل فان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الي البيع فيصير الكفيل بمنزلة المشتري
ان كانت الكفالة مشروطة في البيع وحضرة المشتري في المجلس شرط فيصح الايجاب من
البايع ولا يتوقف الي ماورا المجلس وكذلك حضرة الكفيل بخلاف الرهن فان حضرته ليست

بشرط في

بشرط في المجلس لان الرهن من المشتري وهو حاضر فالتزم الرهن ثم في الرهن مالم يسلم المشتري
الرهن الي البايع لا يثبت فيه حكم الرهن وانا نعقد عقد الرهن بذلك الكلام لان الرهن لا يثبت
في حق الحكم الا بالقبض علي ماعرف فان سلم الرهن مضى العقد علي ماعقد وان امتنع عن التسليم
لا يجبر علي التسليم عندنا وعند زفر يجبر لكن عندنا يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته
او تدفع الثمن او تفسخ البيع لان البايع مارضي بوجوب الثمن في ذمة المشتري الا بوثيقة
الرهن وفي هذه الوجوه وثيقته فان لم يفعل المشتري شيا من ذلك فللبايع ان يفسخ البيع
لانه فات غرضه فلا يكون العقد لازما فله ان يفسخ وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلايمه
ولاحدهما فيه منفعة الا انه متعارف بان اشترى نعلا وشراكا علي ان يحذوه البايع جاز
استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر ولكنا اخذنا بالاستحسان للتعارف للناس كما في
الاستصناع ولو شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلايمه وليس بمتعارف وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين بان اشترى حنطة علي ان يطحنها البايع او ثوبا علي ان يخيطه البايع
او اشترى حنطة علي ان يتركها في دار البايع شهرا او نحو ذلك فالبيع فاسد وهذه الجملة
بجميعها مذكورة في التحفة وقال فيه ايضا ولو شرط شرطا فيه ضرر لاحد العاقدين بان
باع ثوبا او جبة ناسوي الرقيق بشرط ان لا يبيعه ولا يهبه ذكر في المزارعة الكبيرة
مايدل علي ان البيع بهذا الشرط لا يفسد فانه ذكر ان احد المزارعين يشترط في المزارعة
علي الاخر ان لا يبيع نصيبه او لا يهبه فان المزارعة جايزة والشرط باطل لانه ليس
لاحد العاملين فيه منفعة وهكذا ذكر الحسن في المجرد وروي عن ابي يوسف
في الاملا وهو قوله ان البيع بمثل هذا الشرط فاسد والصحيح هو الاول **قوله** وهو من اهل
الاستحقاق قال في شرح الطحاوي اذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من
اهل الخصومة نحو ان يبيع عبدا او جارية بشرط ان لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه
فان هذا الشرط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق علي العبد والجارية
وكذلك اذا اشترط التدبير والاستيلاد او شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري
لو اعتقه لزمه الثمن في قول ابي حنيفة وعند صاحبيه يجب عليه القيمة واجمعوا
انه لو هلك في يده قبل الاعتاق لزمه القيمة وكذلك لو باعه رجلا او وهبه لرجل
وجب عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز ووجوب القيمة علامة الفساد
والحاصل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان العقد في الابتدا ينعقد علي الفساد ثم ينقلب
الي الجواز بالعتق وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة الي هنا لفظ الامام الاسبيجابي
وقال في التحفة لو اعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وان اعتقه بعد القبض فانقلب
العقد جايزا استحسانا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ينقلب العقد
جايزا اذا اعتقه حتى يجب عليه القيمة وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا في التحفة
قوله لان فيه زيادة عارية عن العوض فيودي الي الربوا وذلك ان الربوا عبارة
عن فضل خال عن العوض وهذه الشروط خالية عن العوض لان العاقدين قابلا العوض
مع المعوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض وفيه معنى المال وهذا
يجوز اخذ العوض عن الشرط كما في التدبير والكتابة والاعتاق ونحو ذلك فادى
الشرط الي الربا لا محالة **قوله** عن مقصوده اي عن مقصود العقد وهو الاسترباح

قوله هو الظاهر من المذهب احتراز عما روي عن ابي يوسف في الاملاء ان البيع بمثل هذا الشرط فاسد وقد مرانفا قوله انعدمت المطالبة اي من الدابة قوله هذه الشروط اشارة الى الاعتاق والتدبير والكتابة والاستيلاد قوله لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما يعني ان قضية عقد البيع اطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف والشرط يقتضي التقييد في التصرف والالزام على تصرف واحد على وجه لا يتجاوزه المشتري فكان الشرط مخالفا لموجب العقد فكان فاسدا والحتم الوجوب قوله والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ماذكرناه اشارة الى ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه مثل هذا وقوله ويقيسه على بيع العبد نسمة فيه نظر لان الشافعي رضي الله عنه يتمسك بحديث بريرة وقد رويناه انفا عن الصحيح البخاري في تمسك ابن ابي ليلى والمراد من بيع العبد نسمة ان يباع للعتق اي يشتري ويعتق وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وذلك ان التسمية لما كثر ذكرها في مثل قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو معرض للعتق فعومل معاملته الاسما المتضمنة لمعنى الافعال كذا قال المطرزي قال صاحب الهداية وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه ولين صح هذا التفسير صح قياس الشافعي البيع بشرط العتق عليه لان المقيس والمقيس عليه غير ان اما على ما قال في المبسوط من تفسيره بقوله وتفسيره البيع بشرط العتق فلا وجه للقياس لان المقيس هو المقيس عليه قوله كما اذا اتلف بوجه اخر اي بوجه غير وجه الاعتاق مثل البيع والهبة والقتل والموت قوله على ماذكرنا اشارة الى قوله لان قضيته الاطلاق في التصرف قوله وهذا لا يمتنع العتق الرجوع بنقصان العيب ايضاح لقوله والشي بانتهايه يتقرر قال في التحفة والصحيح قول ابي حنيفة لان هذا شرط يلايم العقد من وجه فمن حيث ان الاعتاق ازالة الملك يكون تغيير الحكم العقد ومن حيث انه انها للملك يكون ملايما لانه تقرر فقلنا بفساد البيع في الابتدا وبالجواز في الانتها عملا بالدليلين وبالعكس لا يكون عملا بهما لانا نجد فاسدا ينقلب جايزا كما في بيع الرقم ولكن لم نجد جايزا ينقلب فاسدا فكان الوجه الاول اولى ولو باع بشرط التدبير والكتابة وفي الامة بشرط الاستيلاد فالبيع فاسد ولا ينقلب الى الجواز عند وجود الشرط لان هذا شرط لا يلايم العقد لانه لم يثبت انها للملك ههنا بيقين لاحتمال ان القاضي يقضي بالجواز في التدبير والاستيلاد فلا يتقرر حكمه كذا في التحفة قوله فكان الحال قبل ذلك موقوفا اي حال العقد موقوفا قبل الاعتاق بين بقايه فاسدا وانقلابه الى الجواز بالاعتاق فلما وجد الاعتاق ترجح الجواز فانقلب جايزا قوله قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا ودارا على ان يسكنها مدة او على ان يقرضه المشتري درهما وعلى ان يهدي له هدية اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وكذلك يفسد البيع بهذه الشروط وذلك لمعان احدها نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وقد مر ذلك والثاني ان كل واحد من هذه الشروط على خلاف مقتضى العقد لانها لا يلايمه والثالث

ان منفعة

علاوة ما اذا اشترط الاجنبي على المشتري صحيحا فيفسد [illegible] ولا يكون فيعلم فيه بالزيادة من [illegible] المشتري صح

ان منفعة الخدمة والسكنى لا يخلو اما ان كان يقابلها شي من الثمن يلزم الاجارة في البيع وان لم يقابلها يلزم الاعارة في البيع وكل ذلك فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة والرابع ان البيع بشرط الاقراض منهي عنه نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف اي قرض قوله ولانه نهى عليه السلام عن بيع وسلف انما اخر التمسك بهذا عن الدليل العقلي وهو قوله لانه شرط لا يقتضي العقد لان الدليل العقلي عام يصلح دليلا لجميع ماذكر وهذا خاص في البيع بشرط القرض قال الولوالجي في فتاواه ولو قال بعتك هذه الدار بالف على ان تقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم العشرة الاجنبي لانه لو لزمه انما يلزمه بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لان هذه العشرة ليست في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثاني لانه لم ينقل على اني ضامن فاذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبايع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم ما شرط في البيع على المشتري في البيع من بيوع الجامع وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لاخر بع عبدك من فلان على ان الثمن علي والعبد لفلان حكي عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده ابو بكر الجصاص والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة كذا ذكر في مجمل اللغة ويراد بها في العرف العقد لان احد العاقدين يضع يده على يد الاخر اذا اراد العقد قوله قال ومن باع عينا على ان يسلمه الى راس الشهر فالبيع فاسد اي قال القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان الاجل في المبيع العين باطل واحترزنا بالعين عن المبيع اذا كان دينا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح فكما ان البيع يفسد بذكر الاجل اذا كان المبيع عينا فكذلك يفسد اذا كان الثمن عينا وبه صرح صاحب التحفة وذلك لان الغرض من ذكر الاجل الترفيه في التحصيل باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن عينا لا يفيد الاجل فايدته لانه حاصل وتحصيل الحاصل محال فيكون ذكر الاجل شرطا لا يقتضيه العقد فيفسد العقد اما الدين فليس بحاصل فصح ذكر الاجل فيه لحصول الفايدة واما في الثمن الدين فان كان الاجل معلوما جاز والا فلا لافضايه الى المنازعة قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع وهذه من مسايل القدوري والاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي انه اذا استثنى من المعقود عليه ما يجوز افراد البيع عليه جاز البيع في المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز العقد عليه مفردا بطل البيع في المستثنى منه بيانه انه اذا قال بعت منك هذه الصبرة الا قفيزا منها بدرهم فالبيع جايز في جميع الصبرة الا قفيزا لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز ومثله لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بماية درهم فالبيع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراده بالعقد عليه لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجز ولو قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بماية فالبيع جايز لانه استثنى ما يجوز بالعقد وكذلك الحكم في جميع العددي المتفاوت والعددي غير المتفاوت وكذلك لو باع حيوانا واستثنى ما في بطنها لا يجوز البيع لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه لان بيع ما في البطن لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وانما لم يجز افراد العقد

علي ما في البطن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وقد مر ذلك والمعقول فيه
المسئلة ان الحمل بمنزلة الاطراف لانه متصل بالام خلقة الا ترى انه يتغذى بغذائها وينتقل
بانتقالها كساير الاطراف فكان تبعا في الدخول تحت العقد كالاطراف والاستثنا يدل على ان الحمل
مقصود لان الاستثنا استخراج من الكلام في حق الحكم فكان الاستثنا مخالفا لموجب العقد
فكان شرطا فاسدا فيفسد به البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه السلام نهى عن بيع
وشرط ومطلق النهي يقتضي الفساد **قوله** والحمل من هذا القبيل اي من قبيل ما لا يصح افراده
بالعقد **قوله** والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع ذكر هذه المسايل تفريعا لمسيلة القدوري
وذلك نحو ما كاتب عبده علي جارية الا حملها او اجر داره علي جارية الا حملها او رهن جاريته
الا حملها ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع اذا استثني الحمل وكون الرهن بمنزلة البيع
من حيث ان ما كان محلا للبيع كان محلا للرهن وما لا فلا ولهذا لم يجز رهن الحر والخمر ونحو
ذلك كما لم يجز البيع وكذلك لا يجوز الكتابة والاجارة علي حر وخمر وجملة القول هنا ما قال
في شرح الطحاوي العقود علي ثلثة اوجه عقد يتعلق بالجايز من الشرط والفاسد
من الشرط يفسده وعقد لا يتعلق بالجايز من الشرط والفاسد من الشرط لا يفسده وعقد
اخر يتعلق بالجايز من الشرط والفاسد من الشرط يفسده كالبيع والشرا والاجارة والقسمة
والصلح عن دعوى مال وما اشبه ذلك مما هو مبادلة مال بمال ومعنى قوله ان هذه العقود
تتعلق بالجايز من الشرط هو ذكر البدل فلا يصح هذه العقود الا بالبدل المنطوق به في العقد
وينبغي ان يكون البدل معلوما حلالا لانما يجري فيه التمليك والتملك فصار ذكر البدل شرطا
جايزا من حيث لا يجوز الا به والفاسد من الشرط يفسده فانه اذا دخل فيه شرطا لا يقتضيه
العقد يفسده واذا كان البدل مجهولا او حراما مما لا يصح فيه التمليك والتملك افسده واما
العقد الذي لا يتعلق بالجايز من الشرط لا يفسده كالنكاح والصلح عن دم العمد والعتق علي مال فهذه
العقود كلها تصح بغير ذكر البدل ويجوز بالبدل المعلوم والمجهول والحلال والحرام ولا يبطل بالشرط
واما العقد الذي يتعلق بالجايز من الشرط والفاسد منه نوعان نوع منه يفسده ونوع
منه لا يفسده وهو عقد الكتابة فانه يتعلق بالجايز من الشرط من حيث انه لا ينعقد
الا بالبدل المذكور فان ادخل فيه شرطا فاسدا ينظر ان كان الفساد في صلب العقد
في البدل او المبدل افسده نحو ان يكاتبه علي بدل مجهول او بدل حرام او كاتب جاريته
علي الف درهم علي ان يطاها ما دامت مكاتبة او يخدمه ولم يبين للخدمة وقتا او
كاتبها وهي حامل من غيره واستثني ما في بطنها فهذه شروط فاسدة دخلت في صلب
العقد فافسدت الكتابة ولكنها اذا ادت الالف تعتق ويجب عليها العقر اذا وطيها
يعني في مدة الكتابة وان لم يكن الفساد في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط
باطل فصار عقد الكتابة بين شبهين لشبه عقد النكاح من وجه بدليل انه يثبت
الحيوان دينا في الذمة ويجوز من غير ان يذكر صفة البدل ويقع علي الوسط ويشبه
البيع من حيث انه لا يصح الا ببدل معلوم فاعطي له حكم بين حكمين فان كان الشرط الفاسد
دخل في صلب العقد افسده وان دخل لا في صلب العقد لم يفسده هذا حاصل ما
قال في شرح الطحاوي والباقي يعلم تمامه في اول كتاب البيوع وقيل يشبه عقد
الكتابة البيع من حيث انه يحتمل الفسخ في الابتدا او يشبه النكاح من حيث انه

لا يحتمل الفسخ

لا يحتمله الفسخ بعد تمام المقصود **قوله** غير ان المفسد للكتابة الى اخره استثنا من قوله
تبطل بالشروط الفاسدة اي هذه الاشيا وهي الكتابة والاجارة والرهن تبطل بالشروط الفاسدة
الا ان الشرط المفسد في الكتابة ما وقع في صلب العقد لا ما وقع في غيره وقد مر بيانه انفا **قوله**
وكذا الوصية لا تبطل به اي باستثنا الحمل ويصح استثنا الحمل ايضا وذلك ان الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك في كل منهما يحصل بعد الموت ثم الميراث يجري في الحمل
فكذا الوصية وفايدته تظهر فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها يكون الحمل
ميراثا والجارية وصية للموصى له **قوله** بخلاف ما اذا استثني خدمتها يعني اذا قال اوصيت
بهذه الجارية لفلان الا خدمتها لا يصح استثنا الخدمة بل يبطل حتى يكون الجارية وخدمتها جميعا
للموصى له فان قلت يصح افراد الخدمة بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان
يصح الوصية فينبغي ان يصح استثناها ايضا لان صاحب الهداية قال ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثناوه فيفهم من كلامه ان ما صح افراده بالعقد صح استثناوه قلت لا نسلم لان
صاحب الهداية لم يدع ذلك ولين سلمنا فنقول ان الوصية ليست بعقد الا ترى ان
القبول يصح من الموصى له بعد موت الموصي فاذا كانت عقدا لم يصح لان العقد لا يصح الا بين
اثنين وكذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بلا قبول اذا مات الموصي ثم
مات الموصى له قبل القبول فلما لم تكن الوصية عقدا كان السوال ساقطا ومعنى قوله
لان الميراث لا يجري فيها اي في الخدمة لانها منفعة وانما يجري الارث في الاعيان لا في
المنافع **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسدة
وهذه من مسايل مختصر القدوري وذلك لانه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولاحد
العاقدين فيه منفعة اعني للمشتري فسد البيع لورود النهي عن بيع وشرط ولانه صفقة
في صفقة وقد نهي عن ذلك اعني انه اجارة في بيع او اعارة في بيع لانه لا يخلو من احد
الامرين لان شرط بمقابلة العمل شي يكون اجارة وان لم يشترط يكون اعارة وهذا معنى قوله على
ما مر وهو اشارة الى ما ذكر قبل هذا بقوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شي من الثمن
الى اخره والفساد هو القياس فيما اذا اشترى نعلا على ان يحذوها البايع او يشركها كذا في
التحفة والايضاح وغيرهما الا انهم تركوا القياس بالاستحسان فجوزوا ذلك لان الناس
تعاملوا على ذلك من غير نكير وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن واخذ زفر والشافعي رحمهما الله بالقياس **قوله** ووجهه ما بينا
اشارة الى قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد **قوله** فصار كصبغ الثوب اي صار جواز شرط
النعل بشرط حذو البايع ولشريكه لجواز صبغ الثوب يعني ان القياس يقتضي ان لا يجوز
استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع بعوض والصبغ عين قايم
بنفسه ولهذا لا يجوز استيجار البقرة لشرب اللبن ولكنهم استحسنوا جواز صبغ
الثوب للتعامل فترك القياس به فكذا فيما نحن فيه والتعامل اثر في ترك القياس
الا ترى انهم جوزوا الاستصناع بالتعامل وان كان القياس يابى ذلك لكونه
بيع المعدوم يقال حذى النعل بالنعل اي قدرها منه قولهم حذو القذة بالقذة
والحذا بمعنى الحذو وذكر صاحب الجمهرة والحذا النعل بعينها ايضا والتشريك
وضع الشرك على النعل منه ما ذكر في التوابع شراك شراك وان اردت الشراك واراد

بالنفل الصوم وهي تسمية الشي باسم ما يوول اليه **قوله** والبيع الي النيروز والمهرجان وصوم النصارى وصوم اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال في الرجل يبيع الشي الي النيروز والي المهرجان او الي الحصاد والي الدراس او الي الجزاز ان البيع فاسد فان كفل الي وقت من هذه الاوقات فهو جائز الي هنا لفظ محمد رحمه الله اعلم ان تاجيل الديون يصح لما ان فيه فايدة الترفيه باتساع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها وتاجيل الاعيان لا يصح لعدم الفايدة لانها موجودة في الحالين علي سواء لا تحصل الفايدة للبايع في تاخير التسليم والتسلم فلما جاز التاجيل في الديون لم يجز فيها الاجل المجهول لافضايه الي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ثم اذا لم يعرف المتبايعان النيروز والمهرجان يفسد العقد لجهالة الاجل عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرفا ذلك صح لارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن عايشة رضي الله عنها انها اجازت البيع الي العطا قال ذلك محمول عندنا علي انها انما اجازت لان الخلفا لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف فاما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم ويتاخر وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو كفل الي هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبني التبرع علي المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بان قال ما ذاب لك علي فلان فهو علي فجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الي هبوب الريح او الي ان تمطر السما صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا اما البيع فعقد معاوضة ومبني المعاوضة علي المماكسة والمضايقة لانه عقد استرباح فجهالة الاجل فيها تفضي الي المنازعة فيها فتوجب فساد العقد ولو باعه بالف حال ثم اخر الثمن الي هذه الاوقات يصح لان هذه الاجال لم تشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة وقال شمس الايمة السرخسي لكان قيل كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل علي ان يكون التاجيل الي هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق تتحمل الجهالة اليسيرة حيث تتحمل جهالة الوصف ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال ثم قال جواب هذا الفصل غير محفوظ في الكتب وبين مشايخنا فيه اختلاف والاصح ثبت هذه الاجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الاجال لا يوثر في اصل النكاح بخلاف البيع فيبقي هذا اجلا في الدين المستحق بالعقد من تقول لا يثبت تقول ما هو المعقود عليه في النكاح وهو المراة لا يحتمل الجهالة فكذا الاجل في البدل المشروط فيه بخلاف الكفالة ثم اعلم ان النيروز والمهرجان معربان والاصل نوروز ومهركان والاول يوم في طرف الربيع والثاني في طرف الخريف قال في زيج كوشيار اول يوم من فروردين ماه وهو اليوم السادس عشر من مهرماه وقال ابو الريحان في تفهيمه في ذلك ظفر افريدون بالضحاك بيدنيا وند وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هما عيدا المجوس يعني يوم النيروز ويوم المهركان وحكي عن ابي حفص الكبير رحمه الله انه قال لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جا يوم النيروز واهدي الي بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر بالله واحبط عمله

خمسين سنة

خمسين سنة **قوله** لا بيعها انث الضمير الراجع الي البيع علي تاويل المعاوضة او الصفقة وما قيل ان الضمير راجع الي المنازعة فليس بشي **قوله** علي المماكسة اي علي المجادلة **قوله** الا اذا كانا يعرفانه اي حينئذ يجوز تاجيل الثمن **قوله** عندهما اي عند المتبايعين **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة قيل هي خمسون يوما **قوله** وكذلك الي الحصاد والدياس والقطاف والجزاز اي البيع الي هذه الاجال فاسد ايضا والحصاد قطع الزرع ويجوز في اوله الفتح والكسر والقطاف قطع العنب من الكرم والجزاز بالزايين كذا السماع من جز الصوف وغيره اذا قطعه وقيد فخر الاسلام الجزاز بالرطاب في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الجزاز فيما يجز من الرطاب ثم قال ولذلك الجداد النخل **قوله** يسيرة مستدركة يمكن تداركها وازالة جهالتها **قوله** لاختلاف الصحابة فيها اي في الاجال المذكورة يعني ان البيع اليها فاسد عند عامة الصحابة وعن عايشة رضي الله عنها انها اجازت البيع الي العطا وقد مر ذلك **قوله** بما ذاب اي بما وجب **قوله** فلي الوصف ولي اي ففي وصف الدين وهو الاجل والجهالة تحمل الكفالة الجهالة وانما جعل الاجل وصفا للدين لانه يقال دين موجل وثمن موجل ثم جهالة الدين لا تمنع صحة الكفالة فكذا جهالة الوصف وهو الاجل وجهالة الاصل وهو الثمن تمنع صحة البيع فكذا جهالة الوصف وهو الاجل **قوله** ولو باع الي هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وهذه من مسايل القدوري رحمه الله وقوله ايضا من كلام صاحب الهداية وانما قال ايضا لانه قال قبل هذا بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الي هذه الاوقات حيث جاز قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يصح وهو قول الشافعي رضي الله عنه وجه قول زفر رحمه الله ان العقد وهو البيع وقع فاسدا لجهالة الاجل فلا ينقلب جايزا بعد ذلك كما اذا باع وشرط فيه الخمر ثم اسقط وكما لو باع درهما بدرهمين ثم اتفقا علي اسقاط احد الدرهمين كما في النكاح الموقت علي اصلكم لا يصح النكاح اذا اسقط الوقت ولنا ان فساد العقد حصل لمعنى في غير العقد وهو جهالة الاجل يفضي الي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وذلك لان الثمن والمثمن صحيحان يجوز العقد علي كل واحد منهما وانما فسد العقد لمعنى اجنبي من صلب العقد ثم الفساد قد ارتفع قبل تقرره فعاد الي الجواز كما في الخيار الصحيح المانع من انبرام العقد اذا اسقط انبرم العقد وجعل الخيار كان لم يكن فكذا الاجل بعد الاسقاط جعل كان لم يكن بخلاف ما قاس عليه زفر من شرط الخمر او بيع الدرهم بالدرهمين لان الفساد ثمه في صلب العقد اعني في البدل فلم يصح القياس لعدم المماثلة وبخلاف النكاح الي اجل لانه ليس بنكاح بل هو متعة وهو شي اخر غير النكاح فلم يعد الي الجواز بعد اسقاط الاجل وروى علاي الدين العالم في طريقة الخلاف في اول كتاب البيوع ان بيع الدرهم بالدرهمين والقفيز بالقفيزين فاسد مفيد للملك عند اتصال القبض به كالبيع بثمن مجهول والبيع الي اجل مجهول قال وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه واراد بالكتاب مختصر القدوري يقال استبد برايه اي تفرد **قوله** كاسقاط الاجل في النكاح الي اجل اي لا يعود جايزا علي اصلكم بعد اسقاط الاجل وعلي قول زفر النكاح صحيح والشرط باطل وقد مر ذلك في كتاب النكاح في فصل المحرمات قال في خلاصة الفتاوى ولو باع الي هبوب الريح

او الي ان يمطر السماء لم يجز وان ابطل الاجل ينقلب جايزا **قوله** قال ومن جمع بين حر وعبد او
شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري
خلاف ابي يوسف ومحمد لانه اراد فيما اذا لم يفصل الثمن ففيه اتفاق في بطلان البيع اما
اذا فصل الثمن فعندهما يصح البيع في العبد والذكية وقال القدوري في مختصره وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن وهذا عندنا
وقال زفر رحمه الله فسد فيهما وهو احد قولي الشافعي رحمه الله كذا في شرح الاقطع قال
صاحب الهداية ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر يعني
اذا ضم الي الذكية مع متروك التسمية يبطل البيع واذا ضم المكاتب او ام الولد مع العبيد
يصح البيع في العبد بحصته من الثمن وجه قول زفر ان المدبر ليس بمحل للبيع ولهذا كان
بيعه مردودا فكان قبول العقد فيه شرطا لصحة البيع في العبد فلا يجوز كما لو جمع بين حر
وعبد ولانه بيع بحصة العبد من الثمن والبيع بالحصة لا ينعقد لانه مجهول كما لو جمع بين
حر وعبد ووجه قولهما فيما اذا فصل الثمن ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الي القن
بيانه ان المفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وقد وجد هذا المعنى في الحر خاصة دون
القن فلا يتعدى الفساد منه الي القن كما في المدبر اذا ضم مع العبد وكما اذا جمع بين اجنبية
واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يفصل ثمن كل واحد من الحر والعبد حيث يبطل البيع
فيهما جميعا لجهالة ثمن العبد ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان العقد عليهما صفقة
واحدة بدليل انه لا يملك القبول في احدهما دون الاخر واذا كان صفقة واحدة بطل العقد
في الجميع كما اذا اطلق الثمن لانه جعل قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما
يصح فيه العقد فكان شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح لانه لا
يفسد به والفرق بينما اذا ضم الحر مع العبد وبين ما اذا ضم المدبر او المكاتب او ام الولد
مع العبد ان الحر لا يدخل تحت البيع اصلا فينعقد البيع ابتدا بنصيب العبد من الثمن
وذلك لا يجوز لكونه مجهولا والبيع بالحصة لا ينعقد صحيحا ابتدا بنصيب العبد كما لو قال
بعت منك هذا العبد بما يخصه من الالف اذا قسم علي قيمته وقيمة هذا العبد الاخر
اما هولا فيدخلون تحت البيع لكونهم مالا الا انهم لم يعتقوا في الحال ولكن حكم البيع لا
يثبت فيهم بل يرد صيانة لحقهم ولهذا لا يخرجون من ان يكونوا محلا للبيع الا ترى ان
القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر نفذ وكذا اذا قضى بجواز بيع ام الولد عند ابي حنيفة
وابي يوسف ويجوز بيع المكاتب ايضا في اصح الروايتين برضاه بخلاف ما روي في
النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يصح فاذا دخلوا تحت البيع لا يكون قبول العقد
فيهم شرطا لصحة العقد فيما ينعقد فيه البيع ولا بيعا في الحصة ابتدا بل هو بيع بالحصة
بقا وذلك جايز كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض حيث يبقى العقد
في الباقي بحصته من الثمن ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد
والمدبر باتفاق العلما الثلثة **قوله** وقال زفر فسد فيهما اي في المدبر والعبد جميعا
وقيل اي في الجمعين المذكورين وهما الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد
قوله ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قلت متروك التسمية عامدا مجتهد فيه
لانه يحل عند الشافعي فكان ينبغي ان يكون حكمه كالمدبر قلت ذلك منه لم يعتبر اجتهادا

لكونه مخالفا للنص كتاب الله وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فكان متروك
التسمية كالميتة **قوله** فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد اي كان قبول العقد
فيما فسد فيه العقد شرط صحة العقد في الاخر لانه باعهما معا قلت اذا فصل الثمن
لا يكون الصفقة واحدة بل تكون متفرقة فلا يكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد قلت
لا يلزم من تفصيل الثمن ان تكون الصفقة متفرقة ولهذا اذا قال بعت هذا الثوب بكذا
وهذا بكذا وقال المشتري ذلك تكون الصفقة متحدة ذكره في الفتاوى الصغرى **قوله**
وفي المدبر ينقض القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف اعلم ان بيع المدبر
وام الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في اول هذا الباب اما اذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر
نفذ قضاؤه لان قضا القاضي ينفذ اذا لم يكن ثمه نص او اجماع بخلافه اما اذا قضى القاضي بجواز
بيع ام الولد فهل ينفذ ام لا وهذه المسيلة كانت مختلفا فيها في الصدر الاول وكان عمر رضي
الله عنه لا يجيز بيعها وكان علي رضي الله عنه يجيز بيعها ثم اجمع التابعون علي عدم جواز
البيع فيها فاذا قضى القاضي بعد ذلك بجواز بيعها هل ينفذ ذلك في موضع الاجماع او في
موضع الخلاف وذلك بنا علي ان الاجماع المتاخر هل يرفع الخلاف السابق ام لا فعند البعض
لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا الاجماع ويرتفع الخلاف
السابق وقد استدل لصاحب التقويم علي هذا بقوله وقد روي عن محمد بن الحسن
عنهم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز وقد اختلف فيها الصدر الاول لان الخلف
بعدهم اجمعوا علي انه لا يجوز ولو بقي قول الماضي معتبرا لكان ينبغي ان ينفذ قضا القاضي بما اختلف
فيه الفقها الي هنا لفظ التقويم وقال في فصول الاستروشني وفي قضا بجواز بيع ام الولد
روايات واظهرها انه لا ينفذ وفي قضا الجامع انه يتوقف علي امضا قاض اخر ان امضى ذلك
القاضي نفذ وان ابطل بطل وهذا اوجه الاقاويل الي هنا لفظ الفصول **قوله** الا ان المالك
استثنا من قوله دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا اشارة الي البقا اي كان رد البيع اشارة
الي بقا البيع في هولا لان رد البيع انما يتحقق اذا كان ثمه بيع **فصل في احكامه** لما ذكر
البيع الفاسد ذكر حكمه عقيبه لان حكم الشي اثره وحكم الشي يتبعه وجودا فكذا يتبعه ذكرا طلبا
للمناسبة **قوله** واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وفي العقد عوضان كل
واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته هذا لفظ القدوري في مختصره قال الطحاوي
في مختصره ومن اشترى شيا شرا فاسدا فلم يقبضه بامر بايعه لم يخرج من ملك بايعه
فان قبضه بامر بايعه خرج من ملكه الي ملك مبتاعه منه فملكه عليه ملكا فاسدا
الي هنا لفظ محمد رحمه الله اعلم ان البيع الفاسد لا يثبت به الملك بمجرد العقد قبل القبض
بالاتفاق فاذا اتصل به القبض باذن البايع فعندنا يثبت به الملك فاسدا وعند الشافعي
لا يثبت به الملك ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشتري
باذن البايع صريحا بان يامره بالقبض فيقبضه بحضرته او غيبته والثاني كما اذا قبضه
المشتري عقيب العقد ولم يوجد النهي من البايع فملكه ايضا كما اذا وجد الاذن صريحا
استحسانا وجه قول الشافعي رضي الله عنه انه حرام والحرام لا يفيد الملك الذي هو نعمة
ولان النهي ينافي المشروعية لانه يقتضي القبح وهي تقتضي الحسن وبينهما تناف لا محالة
ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض فصار البيع بالخمر والخنزير كالبيع بالميتة او الدم او بيع

الخمر بالدرهم ولنا ان عايشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولا لمواليها وقبضتها فاعتقتها
فاجازه عليه السلام وامضاه فلو لم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها
ولان البيع بالخمر والخنزير منعقد لوجود ركن التصرف من الاهل مضافا الى المحل اما الركن
فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال واما الاهل فلان العاقد حر عاقل بالغ واما المحل فلان
المبيع مال والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس الى الخمر والخنزير غير انه ليس بمتقوم
لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد وكان اصل
البيع منعقدا واشتراط القبض لاثبات الملك لان السبب وجد ضعيفا فصار كالهبة
وانما النهي ورد لمعنى في عين البيع بل لمعنى في غيره وهو الفساد في الثمن فكان المعنى المقبح
مجاورا فلم يعدم المشروعية والميتة ليست بمال اصلا فكان البيع بها بيعا بلا ثمن والبيع
بلا ثمن لا ينعقد وكذلك حكم البيع بالدم لانه ليس بمال ونظيره الكتابة فانها تنعقد بالخمر
والخنزير ولا ينعقد بالميتة وبيع الخمر والخنزير بالدرهم انما لم يفد الملك بلا قبض لان الفساد
وقع في الاصل وهو المبيع لا التبع فلم يصح القياس فان قلت البيع الصحيح لا يفيد الملك مع قوته
اذا وجد القبض والبيع الفاسد اولى ان لا يفيد قلت انما لم يثبت الملك في البيع الصحيح
بالقبض لان الملك قد سبق القبض فلو ثبت بالقبض لزم تحصيل الحاصل وهو محال وفي البيع
الفاسد لا يثبت الملك فيه قبل القبض فثبت بعده لتاكده فلو اقتبض صدر عن عقد فاسد
فلا يحصل به الملك كالقبض في الهبة الفاسدة قلنا لا نسلم ان في الاصل لا يثبت الملك بل يثبت
الملك بالقبض على احدى الروايتين كذا قال صاحب الاسرار وعلى الرواية الاخرى
نقول في الملك في الهبة الصحيحة لا يثبت الا بالقبض فلو كان حكم الهبة الفاسدة كذلك
لاستوى الصحيح والفاسد فلهذا لم يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة بخلاف البيع
فان الملك يثبت في الصحيح بالعقد فاذا اثبتنا الملك في الفاسد بالقبض لا يلزم التسوية
فان قلت مقبوض بسبب محظور وهو البيع الفاسد فلا يثبت الملك بالقبض كالغصب
والنهب قلنا ينتقض ذلك بالمبيع وقت الاذان لان في الفرع وجد التسليط من صاحب
المال بخلاف الاصل فلم يتماثلا فلم يصح القياس وقد قال بعض اصحابنا من اهل العراق
ان المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع استدلالا بما قال
في كتاب البيوع ان المشتري اذا اعتقه جاز عتقه وكان الولاء له لا للبايع لان البايع
سلطه على ذلك ولهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطيها ولو كان دارا لا تجب
فيها شفعة للشفيع قال الفقيه ابو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين
المبيع في قول علمائنا بدليل ان المبيع لو كان دارا فقبضها فبيعت دار اخرى بجنبها
فللمشتري ان ياخذ الشفعة بالدار ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ولو
كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البايع فعلى البايع الاستبراء وانما لم يجز للمشتري
ان يطاها لانه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على المعصية فاشتغاله
بالوطي اعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطيها لا لعدم الملك وانما لم يجب فيها
الشفعة لان حق البايع لم ينقطع عنها كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد ان كل ما يملك بالبيع الجائز
يملك بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض باذن البايع وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع

الفاسد اذا اتصل به القبض باذن البايع وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد
بيانه من اشترى من رجل عبدا بخمر او خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري العبد
اذا قبضه باذن بايعه ولا يملك الاخر الخمر او الخنزير وكذلك لو اشترى من رجل
عبدا بمدبر او مكاتب او بام الولد وتقابضا ملك المشتري العبد اذا قبضه باذن
البايع ومشتري المدبر والمكاتب وام الولد لا يملك وان قبض باذن البايع وكذلك
لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير اذن صاحبه وتقابضا ملك مشتري العبد
العبد ولا يملك الاخر ما قبض حتى يجيز مالكه البيع فيه **قوله** كما اذا باع بالميتة قال
صاحب التحفة واذا جعلا الميتة والدم ثمنا اختلف المشايخ وقال في الفتاوى
الصغرى ذكر الطواويسي في بيوعه اذا باع بميتة او دم وقبض روى الحسن عن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يكون مضمونا البيع بالميتة والدم روى ابن سماعة عن
محمد انه يكون مضمونا ذكر في هذا الباب تنصيصا على ان البيع بالميتة والدم لا يفيد
الملك فانه قال اذا باع بالميتة والدم فجا مستحق يدعي على المشتري لا خصومة بين
المستحق وبين المشتري لان المشتري لم يملك فلا يكون خصما وبمثله لو اشترى
بالخمر والخنزير يسمع البينة عليه لانه ملكه وهل يكون مضمونا بالقبض على المشتري
فيه اختلاف المشايخ الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى **قوله** وفيه الكلام
جواب سوال مقدر بان يقال سلمنا ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولكن لم قلت انه
موجود فاجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيما اذا وجد الركن لان المبادلة موجودة
في جميع البيوع الفاسدة **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور
بيان ذلك مر مستوفى في كتابنا الموسوم بالتبيين **قوله** وانما لا يثبت الملك
قبل القبض بيانه انه لو ثبت الملك قبل القبض لزم تسليم المبيع على البايع ثم تسليم
الثمن على المشتري فيؤدي الى تقرير الفساد وذلك لا يجوز لانه واجب الرفع
فلاجرم لم يفد الملك قبل القبض **قوله** فبالامتناع عن المطالبة اولى يعني ان البيع
الفاسد اذا افاد الملك بالقبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور وهذا يجب استرداد
المبيع من يد المشتري رفعا للفساد واجتنابا عن المعصية فبامتناع المشتري عن مطالبة
تسليم المبيع منع الفساد اولى من رفع الفساد بالاسترداد لان الدفع اسهل من الرفع ولان
في صورة الاسترداد نوع عبث لانه يثبت الملك بالقبض ثم تفسخ بالاسترداد فكان
وجود الملك وعدمه سواء لخلوه عن الفايدة **قوله** ولان السبب قد ضعف هذا دليل
ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض عطفا على قوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور
يعني ان السبب وهو البيع الفاسد ضعيف لانه اقترن بالقبيح وهو المنهي عنه فلا يعمل
هذا لم يفد الملك ما لم يتاكد بالقبض والاعتضاد بالتقوي **قوله** والميتة ليست بمال
جواب لقوله كما اذا باع بالميتة يعني ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد لان
الميتة ليست بمال فلم ينعقد البيع لهذا فسد القياس **قوله** ولو كان الخمر مثمنا
فقد خرجناه هذا جواب لقوله او باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في اوايل باب
البيع الفاسد واراد به ما ذكره ثمة بقوله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين
كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله

الي اخر ما قال رحمه الله وبنظيره هنالك انتهى **قوله** وشبهه اخر اي دليل اخر غير ذلك
الدليل الذي ذكرنا هنالك يعني ان البيع لو انعقد علي الخمر يجب تسليم قيمتها
لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها والقيمة انما تكون بالدراهم والدنانير وهي
تصلح ثمنا لا مبيعا **قوله** ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع اي شرط
القدوري اذن البايع في قوله بامر البايع في افادة القبض الملك لان الاذن قد يكون
صريحا وقد يكون دلالة وقد مضينا بيانه في اول الفصل **قوله** هو الصحيح احترازا عن وجه
الاستحسان وهو ثبوت الملك بالقبض عن اذن دلالة اي هو الصحيح وهو المذكور
في الزيادات قال في التحفة والايضاح وما قبضه بغير اذن البايع في البيع الفاسد
فهو كالم يقبض وهذه هي الرواية المشهورة عن اصحابنا ثم ذكر فيهما وذكر محمد في الزيادات
اذا قبضه بحضرة البايع فلم ينهه وسكت انه يكون قبضا ويصير ملكا له ولم يحك خلافا
قوله فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن اي يخرج علي قوله
وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال يعني لا ينعقد البيع بهذه الاشيا لعدم المالية
فيها قال الولوالجي في فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد
وفي رواية لا ينعقد واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد الي هنا لفظه رحمه
الله وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك
اذا اتصل به القبض قال نص علي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اي نص
القدوري لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة فاذا سكت عن الثمن كان عوضه
قيمته فيصير كانه قال بعت بالقيمة وهكذا جميع البياعات الفاسدة تكون مضمونة
بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما نفي الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة
بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم يثبت المعاوضة لم يكن
بيعا وقال في التحفة لو قال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع
بالقيمة ولو قال بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك وقال صاحب الايضاح
لو قال ابيعك بالكبد او الريح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا ثم قال هكذا
روي عن ابي يوسف رحمه الله **قوله** وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم اي
قال القدوري في الاشيا ذوات القيم كالحيوانات والعدديات المتفاوتة لا في
الاشيا ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة لان في
الاشيا ذوات الامثال يجب المثل لا القيمة لان المثل اعدل لاشتماله علي الصورة والمعنى
فاذا حصل العجز عن المثل صورة ومعنى وهو القيمة اصله ضمان الغصب وانما يلزم الثمن
حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد **قوله** ولكل واحد من المتعاقدين فسخه اي قال القدوري
في مختصره ولكل واحد من البايع والمشتري ولاية فسخ البيع الفاسد وهذا فيما اذا لم يكن
المبيع مقبوضا لانه لا حكم للبيع الفاسد قبل القبض لانه لا يثبت الملك قبله فيكون الفسخ
قبل القبض امتناعا من الحكم واما اذا كان مقبوضا فاذا كان الفاسد قويا داخلا في
صلب العقد والمراد منه البدل والمبدل منه فلكل واحد من المتعاقدين فسخه
بحضرة صاحبه عندهما وعند ابي يوسف ينفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره
بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر وان كان الفساد غير قوي بان كان ذلك لشرط

زايد

زايد مثل شرط المنفعة لاحد المتعاقدين ومثل البيع الي النيروز والمهرجان ونحو ذلك فولاية
الفسخ لمن له الشرط بحضرة صاحبه لا لمن عليه كذا قال في شرح الطحاوي ولكن عبارته
غير هذا وفي التجريد والايضاح جعل هذا قول محمد اما عندهما فلكل واحد من المتعاقدين
الفسخ اعني فيما اذا كان الفساد لشرط زايد كالشرا بالاجل المجهول وعلل في الايضاح فقال وجه
قول محمد ان منفعة الشرط اذا كانت عايدة اليه كان الفسخ منه صحيحا لانه يقدر ان يسقط
الاجل فيصح العقد واذا فسخ الاخر فقد ابطل حقه لانه كان قادرا علي تصحيح العقد وابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله يقولان ان الفسخ مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن
له الخيار قادر علي التصحيح بالحذف اي بحذف الشرط ولكن الكلام قبل الحذف وهو بمنزلة الايجاب
اذا وجد من البايع كان المشتري بسبيل من القبول ثم البايع لو رجع قبل قبول المشتري صح ولا يقال
بان رجوعه يتضمن ابطال حق القبول علي المشتري كذلك هاهنا **قوله** رفعا للفساد بالراء لا بالدال
كذا السماع وذلك ان رفع الشي انما يكون بعد وقوع ذلك الشي ودفعه يكون قبل وقوعه
والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح **قوله** ذلك اي الفسخ **قوله** لقوة العقد دليل قوله
دون من عليه يعني ان فسخ من عليه لا يجوز لان العقد قوي لان الشرط دخل في امر زايد
لا في صلب العقد وهذا قول محمد علي ما روينا في الايضاح **قوله** الا انه استثنا من قوله لقوة
العقد يعني ان العقد لما كان قويا كان القياس ان لا يفسخ من له الشرط ايضا الا انه لما لم يتحقق المراضاة
في حقه كان له الفسخ **قوله** قال فان باعه المشتري نفذ بيعه اي قال القدوري في مختصره
فان باع المقبوض باذن البايع المشتري شرا فاسدا نفذ وليس للبايع الاول الاسترداد وقال ابو
جعفر الطحاوي في مختصره فان اخرجه ببيع او بتمليك منه اياه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان
عليه ضمان قيمته يوم قبضه لبايعه وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي بقوله ولو تصرف
فيه المشتري بيعا وهبة وصدقة او اخرجه من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه فيه اذا كان
تصرفه بعد ما قبضه باذن البايع وليس للبايع ابطاله وعلي المشتري القيمة او المثل ان كان مثليا ولا يطيب
ذلك الملك لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد
فاسد وهذا بخلاف ما اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ مال حربي بغير طيب نفسه فاخرجه
الي دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيب له ويفتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيب
ايضا للمشتري كما لا يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد ولو كان المبيع عبدا فاعتقه المشتري
او دبره صح عتقه وتدبيره ولذلك لو كانت جارية فاستولدها صارت ام ولد له ويغرم
القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين في كتاب الشرب وفي رواية
اخرى في كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة وليس للبايع ابطاله ولكنه
اذا ادى الكتابة عتق وتقرر علي المشتري ضمان القيمة فان عجز ورد رقيقا ينظر ان كان العجز
قبل ان يقضى بالقيمة علي المشتري يرد العبد علي البايع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل
للبايع علي العبد وكذلك لو كان المشتري رهن المبيع صح الرهن وليس للبايع ابطاله وان فكه المشتري
قبل ان يقضى عليه بالقيمة فانه يرد علي البايع وان فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له علي
المبيع وان اجره علي المشتري صحت الاجارة غير انه للبايع ان يبطل الاجارة ويسترد المبيع لان
الاجارة مما يفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا في فسخ الاجارة الي هنا لفظ شرح الطحاوي
وقال في التحفة ولو زوجها من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله

لانه زوجها وهي مملوكة له ثم قال فيه ولو اوصي بالعبد المبيع بيعا فاسدا فانه ينفسخ لان الوصية
مما يحتمل الرجوع ولو مات الموصي قبل الفسخ يسقط الفسخ لان الملك انتقل الي الموصي له فصار
كالبيع ولو مات المشتري شرا فاسدا فورثته فللبايع حق الفسخ وكذا للورثة لان الوارث
يقوم مقام المورث في حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصي له انتهى **قوله** فملك التصرف
فيه سواكان بيعا او هبة او اعتاقا غيرانه لا يحل له الاكل ان كان ماكولا وان كانت جارية
لم يحل وطيها كذا في شرح الطحاوي وذكر شمس الايمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم كذا في
الفتاوي الصغري فعلي هذا يحمل علي عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم
الحل وحق العبد يقدم لحاجته وانما يقدم حق العبد علي حق الله تعالى اذا اجتمعا باذن ... تولدم
الحاجة العبد واستغنايه تعالي وينبغي لك ان تعلم ان تصرف المشتري وان كان نافذا
يكره وبه صرح الكرخي في مختصره وذلك لان الفسخ مستحق لله تعالى لان اعدام الفساد
واجب والتصرف فيه تقرير الفساد فان قيل يرد علي ما قال صاحب الهداية مسلة
الحلال اذا كان في يده صيد فاحرم بعد ذلك يجب عليه ارساله حقا لله تعالى وفيه
تقديم حق الله تعالي علي حق العبد قلنا الاصل في المتعارضين الجمع اذا امكن وقد امكن
ذلك في صورة الارسال لانه يمكنه ان يرسله في موضع لا يضيع عن ملكه **قوله** ولان الاول
مشروع باصله دون وصفه هذا دليل ثان علي سقوط حق الاسترداد للبايع بعد بيع
المشتري من غيره يعني ان الاول مشروع باصله لانه لا فساد في اصل البيع غير مشروع
بوصفه لدخول الفساد فيه والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه لانه لا فساد فيهما جميعا
فباعتبار مجرد الفساد في الوصف في البيع الاول لا ينتقض البيع الثاني وهذا معنى
قوله فلا يعارضه مجرد الوصف **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البايع هذا دليل
ثالث علي سقوط حق الاسترداد بعد بيع المشتري فان قلت هذا المعنى وهو التسليط
وجد قبل بيع المشتري ايضا وهذا الكل واحد من المتعاقدين نسخه اعدا ما للفساد
فانتقض العلة اذن قلت معناه حصل بتسليط من جهة البايع وقد تعلق به حق الثالث
فبطل السوال **قوله** بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة متصل بقوله سقط
حق الاسترداد يعني اذا اشتري دارا يجب فيها الشفعة شرا فاسدا فباعها المشتري
من اخر لا يسقط حق الاسترداد الشفيع بل ياخذها بالشفعة لان كل واحد من حقي
الشفيع والمشتري الثاني حق العبد فاستويا ولكن لما لم يوجد التسليط من الشفيع كان له
الاسترداد **قوله** قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او
وهبه وسلمه فهو جايز اي قال محمد في الجامع الصغير وانما كرر مسيلة البيع هنا وان كان
ذكره قبل هذا لانه كره ان يغير لفظ محمد رحمه الله واصل المسلة ان البيع الفاسد
يفيد الملك عند اتصال القبض به باذن عند اصحابنا خلافا للشافعي وقد مر بيان
ذلك مستوفي قبل هذا **قوله** علي ما مر اشارة الي قوله لتعلق حق العبد بالثاني وهو
المشتري الثاني **قوله** والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان يعني ينقطع
حق الاسترداد اذا كاتب المشتري العبد او رهنه كما اذا باعه **قوله** الا انه يعود
حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن قيل ليس لتخصيصها زيادة فايدة
لانه كما يعود حق الاسترداد فيهما يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا عاد المبيع

الي المشتري

الي المشتري الاول ولكن حق الاسترداد انما يكون اذا كان العود قبل القضا بالقيمة فاذا قضي
بها ثم عاد لا يثبت الاسترداد لتحول الحق الي القيمة وقد مر بيان ذلك قبيل هذا وقال
في الايضاح فلو زال ملك المشتري ثم عاد علي حكم الملك الاول كالعاد بالفسخ وذلك ان يرد عليه
بخيار الروية او خيار الشرط او العيب بقضا القاضي وان عاد بحكم ملك المشتري مبتدا لم
يثبت الفسخ لان اختلاف الملكين كاختلاف العينين **قوله** وهذا بخلاف الاجارة اي
انقطاع الاسترداد باعتاق المشتري وبيعه وهبته وكتابته ورهنه بخلاف الاجارة
يعني اذا اجر المشتري ما اشتراه شرا فاسدا لا ينقطع حق الاسترداد لان الاجارة تنفسخ
بالاعذار واعدام الفساد عذر والتزوج لا يمنع الفسخ ايضا ولكن النكاح قايم كما كان وقد مر ذلك
قوله وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن وهذه مسيلة الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل
جارية بالف درهم بيعا فاسدا فقبض الجارية وقبض الاخر الثمن قال ليس لصاحب الجارية
ان ياخذها حتى يدفع الثمن الذي اخذ فان مات الذي اخذ الدراهم وقد استهلك
الدراهم فالمشتري الذي الجارية في يده احق بها حتى يستوفي اليه هنا لفظ محمد في الجامع
الصغير وذلك لان المبيع مقابل بالثمن الذي اعطاه المشتري لانه ما رضي بزوال
يده عن الثمن الا بثبوت يده عن المبيع فكان كل واحد من المبيع والثمن مقبوضا مقابلا
بالاخر وان كان البيع فاسدا فاعتبرت المقابلة عند الفساد كاعتبارها عند الصحة فلما
ثبتت المقابلة كان المبيع في يد المشتري محبوسا بالثمن كالرهن بالدين فلهذا
لا ياخذ البايع المبيع قبل رد الثمن وصار المشتري احق بالمبيع حتى يستوفي الثمن فاذا
تقدم المشتري علي البايع في حياته كان مقدما علي ورثته وغرمايه بعد موته كما في
الرهن اذا مات الراهن يقدم المرتهن علي ورثته وغرمايه فان كان البايع استهلك
الثمن الذي اخذه قال فخر الاسلام وجماعة اخرون في شروح الجامع الصغير تباع بحقه اي
تباع الجارية بحقه فان فضل شي يصرف الي الغرما كما في الرهن بالدين وقال فخر
الدين قاضيخان في شرحه للجامع الصغير فان كان البايع استهلك الثمن يرد مثله
لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثليا واما اذا كان الثمن الذي اخذه
البايع قايما فهل يتعين للرد فيه روايتان في رواية كتاب الصرف يتعين واليه
ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد وذلك لان البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد
كالغصب وفي رواية لا يتعين كما في البيع الجايز قال علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف والمختار عدم التعين يعني في العقود الفاسدة وقالوا في شروح الجامع
الصغير ما ذكرها هنا من اطلاق القبض دليل علي ان المشتري شرا فاسدا اذا
قبض المبيع بعد الافتراق باذن البايع دلالة او بلا اذنه اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن
خمرا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك الثمن بالقبض لا يحتاج الي الاذن ويكون
قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض **قوله** حتى يرد الثمن اي القيمة التي اخذها من
المشتري ذكره بعض الشارحين وفيه نظر لان القيمة انما تجب في البيع
الفاسد اذا هلك المبيع وهنا المبيع قايم وانما اثبت محمد اسم الثمن وان كان
البيع فاسدا القصوره بصورة الثمن حيث قوبل بالمبيع **قوله** وهو الاصح احتراز عن

الرواية الاخري وقد مر الروايتان انهما لا يتعينان كما يتعين الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة
علي ما هو اختيار بعض مشايخنا يتعين في الوديعة والغصب ايضا وكذلك يتعينان في
الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم وسيجي تمام ذلك في كتاب
الوكالة قوله لانه بمنزلة الغصب اي لان البيع الفاسد بمنزلته في حكم النقض والاسترداد فكما
ان الغصب ينقض ويسترد المغصوب من يد الغاصب ينقض البيع الفاسد ويسترد
المبيع من يد المشتري قوله لما بينا اشارة الي قوله لانه بمنزلة الغصب قوله ومن باع
دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع رجلا دارا بيعا فاسدا فقبضها المشتري
فبني فيها قال ليس للبايع ان ياخذها ولكنه ياخذ قيمتها ثم شك يعقوب رحمه الله في
هذه المسالة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينقض البنا وترد الدار علي صاحبها
الي هنا لفظ محمد رحمه الله قال الكرخي في مختصره وان كان المبيع ارضا فبني فيها المشتري
فهذا استهلاك عند ابي حنيفة وليس للبايع نقض البيع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله للبايع نقض البيع وقال المعلي وسمعت ابا يوسف بعد ذلك يقول
هو استهلاك الي هنا لفظ المختصر وذكر في الايضاح قول ابي يوسف اخرا مع
ابي حنيفة وقوله الاول مع محمد وقالوا في شروح الجامع الصغير والغرس علي هذا الاختلاف
يعني ينقطع به حق الفسخ عند ابي حنيفة خلافا لهما وجه قولهما ان حق البايع اقوي في الاسترداد
من حق الشفيع في الشرا الصحيح بدليل ان حق البايع يورث ويثبت من غير قضا ولا رضا
وحق الشفيع يبطل بتاخير الطلب وحق البايع لا ثم اضعف الحقين وهو حق الشفيع
لا يبطل ببنا المشتري في الدار المشتراة بل ينقض البنا وياخذ الدار فالبايع اولي ووجه
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان البنا والغرس تصرف حصل من المشتري بتسليط
البايع وذلك من جنس ما يدوم فينقطع به حق الاسترداد لانه لا يجوز للانسان ان
يسعي في نقض ما تم من جهته فصار كما اذا باعه المشتري او وهبه من غيره بخلاف
الشفيع فانه لم يوجد منه التسليط علي التصرف فكان له ان ينقض البنا والغرس
وياخذ الارض بقيمتها ولهذا لا يبطل حق الشفيع اذا باعها المشتري من غيره او وهبها
لعدم التسليط والوجه الاخر لابي حنيفة رضي الله عنه ان حق الاسترداد في البيع الفاسد
لحق الشرع اعداما للفساد والبنا حق العبد وحقه لحاجته مقدم علي حق الله تعالى
فلم يجز نقض البنا قالوا في شروح الجامع الصغير واما شك يعقوب في الرواية فالمراد
انه اسمع منه ام لا حتي قال مشايخنا لا خلاف فيه ولكن ذكر الخلاف في كتاب الشفعة
وغيره من غير شك وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله وهذه هي المسالة الثالثة
التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف ما رويت لك عن
ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البنا وقال محمد بل رويت
لي انه ياخذ قيمتها قوله مما يقصد به الدوام احتراز عن الاجارة قوله وقد نص محمد
رحمه الله علي الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني علي انقطاع حق
البايع بالبنا وثبوته علي الاختلاف معناه ان محمدا رحمه الله قال في كتاب الشفعة
بناء علي اصل وهو ان هل بالبنا ينقطع حق البايع في الاسترداد ام لا قال ابو حنيفة

رضي

رضي الله عنه فلا جرم كان للشفيع الاخذ بالشفعة لانه ليس بواجب الرد علي البايع وعندهما
لا ينقطع حق البايع فلا يتمكن الشفيع الاخذ بالشفعة لانه ليس بواجب الرد علي البايع وعندهما
لا ينقطع حق البايع فلا يتمكن الشفيع من الاخذ فلما ثبت الخلاف في الشفعة بين ابي حنيفة
وصاحبيه ثبت الخلاف في انقطاع حق البايع بالبنا عند ابي حنيفة وفي ثبوت حق البايع
عندهما ايضا لان الاخذ بالشفعة وعدمه بنا علي انقطاع الحق وثبوته وهذا معني قوله
علي الاختلاف قال بعض الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفا علي قوله مبني وهو
ضعيف بفهم ذلك من تقريرنا ان شا الله تعالي قوله ومن اشتري جارية بيعا فاسدا
وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن وصورة
المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشتري
من رجل جارية بيعا فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق
الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وهذا لفظ محمد رحمه الله والاصل
فيه ان المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم
والدنانير والمراد من عدم التعين في حق الاستحقاق اما في حق القدر والجنس والوصف
فيتعينان والخبث وهو عدم الطيب ايضا نوعان احدهما باعتبار عدم الملك والثاني لفساد
الملك فالخبث باعتبار عدم الملك كما في المغصوب والوديعة يوجب حقيقته
الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لان ما
لا يتعين بالتعيين لا تعلق للعقد به بل متعلق بما في الذمة وانما هو وسيلة من وجه
فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم ان عدم الطيب لعدم الملك
في المالين جميعا اعني فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد الملك يورث الشبهة
فيما يتعين لان الخبث لفساد الملك ادني من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة
الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا تصدق الذي اخذ
الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي اخذ الدراهم بالربح لعدم
الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر وقال الزاهد العتابي في
شرح الجامع الصغير وهذه المسالة علي ثلثة اوجه احدها ان يشير اليها وينقد
منها فلا يطيب له الربح حصل بملك الغير من كل وجه وكذلك ان اشار اليها ونقد
من مال نفسه لان الربح ان لم يسلم له بملك الغير لكن جواز العقد كان بملك الغير
لان الاشارة الي الدراهم تصح لبيان القدر والجنس والوصف وبيان جنس الثمن وقدره
ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد فقد توسل الي الربح بمال الغير من وجه وان اشار الي مال
نفسه ونقد من مال غيره فلا يطيب ايضا لان الربح سلم له بمال الغير فقد توسل الي الربح
بمال الغير من وجه وعند ابي يوسف يطيب له في الوجوه كلها قوله فباعها اي باع مشتري
الجارية اياها قوله ويطيب للبايع ما ربح في الثمن اي لبايع الجارية قوله والفرق اي
الفرق بين الامرين وهما طيب الربح لبايع الجارية في الثمن وعدم طيب الربح لمشتري
الجارية قوله والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود اي عقود البياعات بخلاف
المغصوب والوديعة والشركة ونحوها قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح
الجامع الصغير في اواخر الكتاب في باب الاجارة والشرا الذي يتصدق صاحبها بالفضل

هذا الجواب ذكره محمد رحمه الله انما يستقيم علي الرواية التي تقول ان الدراهم والدنانير متى
ملكت ببيع فاسد ينقطع حق المالك عن عين الدراهم والدنانير اما علي الرواية التي تقول
لا ينقطع ويكون للمالك ان ياخذ بعينها يجب ان لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لان الفساد بقي معتبرا حكما في حقهما وقال العتابي في شرح الجامع الكبير
قال محمد قال ابو حنيفة كل مال ياخذه من صاحبه بطيب من نفسه بحكم عقد فاسد
وربح فيه يطيب له الربح يريد به الدراهم والدنانير لانها لا تتعين للرد بحكم الفساد
في بعض الروايات مثاله اذا اشتري الف درهم بمائة دينار الي سنة حتى فسد
الصرف فقبض الدراهم وربح فيها طاب له الربح ولو كان الالف غصبا لم يطب
لانعدام الملك وعند ابي يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد
والباقي يعلم ثمه قوله فلم يتعلق العقد الثاني بعينها اي بعين الدراهم التي باع
المشتري الجارية بها قوله وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اي هذا الذي
ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب
في الثاني ذلك في الخبث لفساد الملك قوله النوعين اراد بهما ما يتعين من المال
وما لا يتعين قوله لتعلق العقد اي بما لا يتعين قوله يتعلق به اي بما لا يتعين سلامة
المبيع بان ينقد الدراهم المغصوبة قوله او تقدير الثمن عطف علي قوله سلامة المبيع يعني
ان الخبث لعدم الملك انما ثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لانه تعلق به سلامة
المبيع كما قلنا وتقدير الثمن بان يشير الي الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها قوله وعند
فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة يعني ان الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقته
شبهة اي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك كما في متعين تكون
ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لان الخبث لفساد الملك ادني من الخبث
لعدم الملك ثم الشبهة باعتبار فساد الملك فيما يتعين منحط الي شبهة الشبهة فيما لا يتعين
والشبهة معتبرة لا شبهتها لانها حينئذ يلزم ان ينسد باب المعقود اذ لا يخلو عن
شبهة الشبهة قوله قال وكذلك اذا ادعي علي اخر مالا فقضاه اياه اي قال في
الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه وكذلك لو ان رجلا قال لرجل لي عليك الف درهم
فقضيها فقبضها ثم تصادقا انه لم يكن وقد تصرف فيها وربح فالربح يطيب له وذلك
لان الدين يثبت من حيث التسمية لان المدعي ادعاه فقضاه المدعي عليه فكان
الربح حاصلا في ذلك ملكه فاذا تصادقا بعد ذلك علي عدم الدين كانت الدراهم
المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك
لا اثر له فيما لا يتعين لان للشبهة الشبهة ولهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به
قوله وبدل المستحق والمستحق هو الدين والبدل الدراهم المقبوضة

فصل فيما يكره

قيل لما كان المكروه ادني درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبة
الحقه بالفاسد واخره عنه قوله قال ونهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش
وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال القدوري في مختصره
والاصل فيه ما حدث البخاري في الصحيح قال حدثنا عبد الله بن مسلمة قال حدثنا
مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش

وحدث البخاري

وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الي سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله
عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يبيع الرجل
علي بيع اخيه ولا يخطب علي خطبة اخيه ولا تسال المراة طلاق اختها لتكفا ما في
انائها قال الخطابي في شرح الصحيح النجش ان يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا
يريد شراها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته والتناجش ان يكون ذلك من
اثنين وقال الخطابي ايضا كف لانا عمله وتحويل ما فيه الي غيره وهو مثل يريد
به الحظوة عند الزوج وقال الطحاوي في مختصره ولا يحل النجش والنجش ان يزيد الثمن
ليرغب قال في شرح الطحاوي وهذا اذا طلبها الراغب من صاحبها بمثل ثمنها فاما
اذا كان الراغب فيها يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها بمثل
قيمتها فلا باس بذلك وان لم يكن له رغبة في ذلك ولذلك الرجل يبيع ماله لحاجة
الي ثمنه وطلب منه بدون ثمنه فزاد رجل الي تمام قيمته فلا باس به وهذا محمود
غير مذموم الي هنا لفظه والمعنى في كراهية النجش الغرور والخداع وقال في المغرب
النجش بفتحتين ويروى بالسكون وقيل بالتحريك اسم وبالسكون مصدر قوله وعن
السوم علي سوم غيره اي قال القدوري في مختصره وهو معطوف علي قوله عن النجش
في الحديث قال الطحاوي في مختصره ولا ينبغي ان يسوم الرجل علي سوم اخيه اذا جنح
البايع علي بيعه والاصل فيه ما روينا انفا عن الصحيح البخاري من قوله عليه السلام ولا يبيع
الرجل علي بيع اخيه ولا يخطب علي خطبة اخيه وروى ابو عيسى الترمذي في جامعه
وقال وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يسوم الرجل علي سوم اخيه ثم قال
ومعنى البيع في هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم هو السوم وقد روى اصحابنا في كتبهم
عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل علي سوم اخيه وقال محمد في كتاب الاثار في باب
السوم علي سوم اخيه اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابي سعيد الخدري وابو هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل علي سوم اخيه ولا يخطب علي خطبة
اخيه ولا تناجشوا والحديث فيه طول في الاثار قال في شرح الطحاوي وصورته ان
يتراوض الرجل علي السلعة ويتساوما عليها ويرضى البايع والمشتري بذلك ولم
يعقدا عقد البيع حتى ساومه اخر علي سومه واشتراه منه فانه يجوز في الحكم ولكنه يكره
هذا اذا جنح قلب البايع الي البيع من الاول بما طلب منه من الثمن اما اذا لم يجنح قلبه
ولم يرض بذلك فلا باس للثاني ان يشتريه لان هذا بيع من يزيد وقد روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وكذلك الرجل اذا خطب
امراة وجنح قلبها كره لغيره ان يخطبها وان لم يجنح الي الاول فلا باس للثاني ان يخطبها
ويدل علي هذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لفاطمة بنت قيس لما جاءته
تستشيره وقد خطبها ابو الجهم ومعاوية اما ابو الجهم فلا يضع عصاه عن
عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة قالت فتزوجت اسامة
فاغتبطت به قوله لا يستام ولا يخطب نفي اريد به النهي لاشتراكهما في دلالتهما
علي العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد حسا فحينئذ يلزم الخلف في خبر
الشارع واختيار صيغة النفي لكونه ابلغ من النهي كما ان اخبار الشارع ابلغ من الامر

قوله على ما يذكر اشارة الى قوله وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع
من يزيد قوله وما ذكرناه محل النهي في النكاح ايضا اراد به قوله هذا اذا تراضى المتعاقدان
يعني اذا باع ركن قلب المراة الى الخاطب بكره خطبة غيره كما اذا لم تركن فلا وقدم
ذلك قوله وعن تلقي الجلب اي قال القدوري في مختصره قال الطحاوي في مختصره ولا
يصلح تلقي السلع في البلد الذي يضر ذلك باهله ولا باس به في البلد الذي لا يضر ذلك باهله
وكذلك بيع الحاضر للبادي الى هنا لفظه رحمه الله والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح
مسندا الى سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
نهى عن التلقي وان يبيع حاضر لباد وحدث البخاري ايضا باسناده الى نافع عن عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض
ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الى السوق وحدث صاحب السنن باسناده الى
مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الى الاسواق وحدث
الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى نافع عن بن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى السلع حتى تدخل الاسواق وقال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي في بيان تلقي السلع وصورته ان واحدا من المصر اخبر بمجي قافلة
بميرة عظيمة واهل المصر في قحط وجدب فيتلقى ذلك الواحد ويشتري منهم
جميع ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريده من الثمن ولو تركهم فادخلوا
ميرتهم بانفسهم وباعوها من اهل المصر متفرقة توسع اهل المصر بذلك فاذا كان الامر
كما وصفنا فهو مكروه وان كان اهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم وصورته
ان يلتقيه رجل من اهل المصر فيشتري منه بارخص من سعر المصر وهم لا يعلمون
سعر المصر فالشرا جائز في الحكم ولكنه مكروه لانه غرر سواء استضر به اهل المصر او لم
يستضر به والجلب بمعنى المجلوب قوله قال وعن بيع الحاضر للبادي اي قال
القدوري في مختصره الاصل فيه ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن طاوس
عن ابيه عن بن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان
ولا يبيع حاضر لباد فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وهذا الحديث
اعني قوله عليه السلام ولا يبيع حاضر لباد في الصحيح بطرق كثيرة وحدث صاحب السنن
باسناده الى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد
ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض والرواية في كتب الحديث بلفظ النكرة
في الحاضر والبادي ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ المعرفة فيهما وقد فسر الحديث
عن بن عباس كما ترى وقال في السنن باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه
كان يقال لا يبيع حاضر لباد وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئا ولا يبتاع له شيئا وقال الخطابي
في شرح الصحيح قال بن سيرين هي كلمة جامعة للبيع والشرا ولكن قال في شرح الطحاوي
صورته ان الرجل اذا كان له طعام واهل المصر في قحط ولا يبيعه من اهل المصر
حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من اهل البادية بثمن غال واهل المصر يتضررون فلا
يجوز وان كانوا لا يتضررون بذلك فلا باس ببيعه منهم والى هذه الصورة

ذهب صاحب

ذهب صاحب الهداية وقيل ان يتوكل المصري من البدوي لغالاة السعر فيكره ذلك اذا كان اهل المصر
يستضرون بذلك والاقلا والركبان جمع راكب قال في الفائق يقال للمتوسط بين البايع والمشتري
سمسار والعوز الحاجة ورجل معوز اي فقير قوله والبيع عند اذان الجمعة وهو بالجر معطوف
على قوله عن النجش والاصل فيه قوله تعالى وذروا البيع نهى عن البيع عند الاذان واقل
احوال النهي الكراهة ولان السعي الى الجمعة واجب بالنص وفي الاشتغال بالبيع ترك
السعي الواجب باتفاق الحال بيانه ان البيع قد يوجد بلا ترك السعي بان وجد الايجاب
والقبول حالة السعي وقد لا يوجد البيع مع ترك السعي بان بقي نايما او مشتغلا بعمل اخر فاذا
كان كذلك لم يلزم ترك السعي من البيع لا محالة بل لزم ذلك على بعض الوجوه بان
اشتغلا بالبيع ولم يسعيا قوله وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة
واراد به ما ذكره في باب الجمعة بقوله والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان الاذان
الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به قوله قال وكل ذلك يكره اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يفسد به البيع اي كل ما ذكرنا من اول الفصل
الى هنا مكروه وهو النجش والسوم على غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع
عند اذان الجمعة وانما كره البيع في هذه الاشيا لما ذكر من الدلايل في كل واحد منها مفردا
وهو معنى قوله لما ذكرنا وانما لم يفسد البيع بالنهي حتى وجب الثمن لا القيمة وثبت
الملك قبل القبض لان النهي ورد لمعنى خارج عن صلب العقد مجاور لا متصل به لمعنى
في صلب العقد ولا في شرايط الصحة فاوجب الكراهة لا الفساد والمراد من صلب
العقد البدل والمبدل وشروط البيع انواع منها شرط الاهلية من العقل والبلوغ حتى
لا ينعقد البيع من الطفل فاما الصبي العاقل والمعتوه فمن اهل البيع حتى لو توكلا بالبيع
والشرا وباعا جاز ونفذ عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه ومنها شرط الانعقاد وهو
المحل وهو ان يكون مالا متقوما حتى لو باع الخمر او الخنزير او الميتة والدم وجلد الميتة
فانه لا يجوز اصلا حتى لا يملك بالقبض بخلاف ما اذا كان هذه الاشيا ثمنا فانه ينعقد البيع
بالقيمة ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك نفسه نفذ لوجود
الولاية كذا في التحفة ولو قال المصنف لان النهي لمعنى خارج زايد لا في صلب العقد
كان اولى من قوله لان الفساد في معنى خارج زايد وذلك لان الفساد ليس بثابت
الا ترى انه اورده دليلا لعدم فساد البيع قوله قال ولا باس ببيع من يزيد
وهذه من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واصله
ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدح رجل وكساه ببيع من يزيد وانما اراد محمد
بهذا انه خارج عن نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله ولا يسوم الرجل على
سوم اخيه لان فعل النبي ا وجب استثناءه عن النهي فظهر ان النهي ورد
فيما اذا سكن قلب كل واحد منهما الى الآخر وظهرت الموافقة فاما قبل
ذلك فلا باس ولان المسلمين توارثوا بيع المزايدة في الاسواق والحاجة
داعية الى ذلك فجاز لان ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قوله
باع قدحا وحلسا وحدث الترمذي باسناده الى انس بن مالك رضي الله
عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا وقال من يشتري

هذا الحلس والقدح فقال الرجل اخذتهما بدرهم فقال النبي من يزيد على درهم فاعطاه
رجل درهمين فباعهما منه قال في الجمهرة الحلس كساء يطرح على ظهر البعير والحمار
والجمع احلاس وحلوس ويقال فلان حلس بيته اذا لم يبرح منه وبنو فلان
احلاس الخيل اذا الفوا ظهورها **قوله** بنوع منه اي نوع من البيع المكروه وكان
المصنف رحمه الله فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع له باب على حدة في الاصل والزيادات
ولهذا ذكر الكرخي ايضا في مختصره في باب على حدة او كان هذا النوع من الكراهة مخصوص
بذي الرحم المحرم وليس الكراهة فيما تقدم كذلك **قوله** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما
ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذا ان كان احدهما كبيرا هذا لفظ القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو جعفر الطحاوي ولا ينبغي لاحد ان يفرق بين ذي رحم محرم فيهما صغير فان ابا حنيفة
كان يكره ذلك ولا يفسخ البيع وكان ابو يوسف ومحمد يكرهان ذلك ويفسخان البيع وكذلك الحكم
فيه حتى يبلغ الصغير غير ان محمدا قال في الصبي اذا كان له اخوان او اختان او عمان او خالتان
فانه لا باس ببيع واحد من ذلك واحتباس الصبي مع الاخر هذا لفظ الطحاوي وقد ذكر
قول محمد مع ابي يوسف كما ترى وقد ذكر الكرخي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة فقال
فيه وان فرق رجل بين من ذكرت لك ان التفرقة لا تجوز بينهم جاز بيعه في الحكم وقد
اسا في باب الدين عند ابي حنيفة ومحمد وزفر وفي قول ابي يوسف الاخير يرد البيع في
الولد اذا فرق بينه وبين امه وقال ابو يوسف لا ارد البيع في شي من ذلك
غيرها وقال الحسن بن زياد افسخ البيع في ذلك كله الى هنا لفظ الكرخي وقال
في وجيزهم ونهي عن قوله والدة بولدها وذلك في الصغر فان فرق بينهما بالبيع
ففي فساد البيع قولان والاصل فيه ما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره فقال
روينا عن ابي ايوب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم تقول من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين الجنة وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الايمة البيهقي في الشامل
والكفاية وكذلك ذكر في شرح الاقطع والايضاح ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة
وكذلك ذكر الترمذي في جامعه وقال الكرخي ايضا روينا عن ابي بردة بن ابي موسى
قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المفرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ
واخته وحدث الكرخي ايضا في مختصره فقال حدثنا الحضرمي قال حدثنا ابن نمير
ومحمد بن العلا قالا حدثنا وكيع عن سفيان عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن
ابيه عن ابن مسعود قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتي بالسبي يعطي
اهل البيت جميعا كراهة ان يفرق بينهم وحدث الكرخي ايضا فقال حدثنا الحضرمي قال
حدثنا العباس بن الوليد القرشي قال حدثنا حماد بن سلمة عن الحجاج عن ميمون
بن ابي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه
وسلم غلامين فبعت احدهما فقال ما فعل الغلامان فقلت بعت احدهما قال رده
ولان الصبي يحصل له الانس بقريبه الصغير وقريبه الكبير ففي التفريق زوال
الانس وزيادة الايحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام او تحيض الجارية فاذا بلغا لا يكره
التفريق لحصول الاستغنا عن الاستيناس بغيره وقال في الايضاح قال
ابو يوسف رحمه الله البيع باطل في الوالدين خاصة جائز في الاخرين وتخصيص

قرابة

قرابة الولاد لزيادة تغليظ ورد الشرع به فيفسد العقد وجوابه لا فساد في نفس البيع لانه تصرف من
اهله مضاف الى محله لكن كره العقد لمعنى مجاور وهو التفريق المورث للوحشة بغيره فكان
اثره في الكراهة لا في الفساد كما في الاخوين وكما في السوم على سوم غيره قال في شرح الطحاوي
اذا كان التفريق لمعنى فيهما فلا باس به اي بالتفريق نحو ان يجني احدهما جناية في بني
ادم فلا باس بان يدفع المولى الجاني منهما ويمسك الاخر وان حصل التفريق وكذلك اذا
استهلك احدهما مال انسان فانه يباع فيه وان كان يودي الى التفريق وكذلك
اذا اشتراهما جميعا رجل وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا كان له ان يرد المعيب خاصة
وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يردهما او يمسكهما وليس له ان يرد المعيب
خاصة وانما اطلق القدوري رحمه الله في قوله ومن ملك مملوكين حتى يشمل جميع
اسباب الملك من الشرا والهبة والصدقة والميراث والوصية والسبي واما تقييد
بالصغر فيهما او في احدهما لانه لا يكره التفريق بين الكبيرين ومراده بكراهة التفريق
ان يكون ذلك في ملك واحد لانه اذا كان احدهما في ملك رجل والاخر في ملك الاخر لم
يكره التفريق الا ترى الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط ولو كان احدهما مملوكا والاخر
لولده الصغير او مكاتبه او مضاربه جاز التفريق لان التفريق يتحقق في ملك واحد لا في
ملكين وقال في شرح الطحاوي وكذلك اذا كان له ولدان صغيران فدخل احدهما في ملك
احدهما والاخر في ملك الاخر فلا باس ببيع احدهما وان كان يملك بيعهما جميعا وقال فيه
ايضا وكما يكره التفريق في البيع كذلك يكره التفريق في القسمة في المواريث والغنايم ولو
اجتمع في ملكه صغير وكبيران وكل واحد من الكبيرين ذو رحم محرم من الصغير فانه
ينظر ان كان قرابة احدهما اقرب الى الصغير من قرابة الاخر نحو ان يكون ابا والاخر جدا
او احدهما ام والاخر جدة او احدهما اخ لاب وام والاخر اخ لاب او لام وما اشبه ذلك
بان يبيع الابعد منهما ويترك الصغير مع قرابتهما او يبيع الصغير مع اقربهما وسوا كانت
قرابة الكبيرين اليه من جانب واحد او من جانبين يعني من جانب الاب كلاهما او
من جانب الاب والام كلاهما او احدهما من جانب الاب والاخر من جانب الام بعد
ان كانت قرابة احدهما الى الصغير اقرب من قرابة الاخر واما اذا كانت قرابة الكبيرين
الى الصغير سوا فانه ينظر ان كانت قرابتهما من جانب واحد نحو ان يكون كلاهما
اخا لاب وام او اخا لاب او عمين او خالين وما اشبه ذلك فالقياس ان لا يبيع واحد
منهما ولا يفرق بينه وبين الصغير لان حق كل واحد منهما سوا وفي الاستحسان لا باس ببيع
احد الكبيرين ويترك الصغير مع اخرهما وقال في شرح الطحاوي ايضا لو كانت قرابة
الكبيرين الى الصغير من الجانبين وقرابتهما اليه شرعا سوا نحو ان يكون له اب
وام او له اخ لاب واخ لام او له خال وعم وما اشبه ذلك فالذي يدلي بقرابة الام
يقوم مقام الام والذي يدلي بقرابة الاب يقوم مقام الاب واذا كان للصغير اب وام اجتمعوا
في ملك واحد ليس له ان يفرق الصغير من احدهما كذلك ههنا وقال الكرخي في مختصره وما كره
فيه التفرقة فانه يكره للبايع والمشتري ولا يكره عتق احدهما ولا كتابته وذكر لانه انتفع له وان دبر
احدهما او استولدها جاز بيع الاخر لان المدبر وام الولد كالخارج عن ملكه والنص ورد في المملوكين
كذا في الكفاية **قوله** ما فعل الغلامان والغلام اسم لمن لم يبلغ **قوله** حتى لا يدخل فيه ايه في الجمع

عن التفريق ورد في المملوكين كذا في الكفاية غير محرم قريب كالرضاع والمصاهرة حتى يحل التفريق لعدم
القرابة ولا قريب غير محرم كاولاد الاعمام واولاد العمات والخالات لعدم المحرمية **قوله** ولا يدخل
فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما قال في الزيادات والتفريق بين الزوجين جائز
كبيرين كانا او صغيرين او احدهما صغير والاخر كبير لان بينهما انس شهوة وذلك بعد البلوغ
يكون **قوله** لان النص ورد بخلاف القياس وذلك لان القياس يقتضي ان يحل التفريق لوجود الملك
لانه عبارة عن المطلق الحاجز كما في الكبيرين وكما في غير بني ادم فكان ورود النص بمنع التفريق مخالفا
للقياس فاقتصر على مورد النص وهو القرابة المحرمة للنكاح **قوله** ولا بد من اجتماعهما في ملكه
لما ذكرنا اشارة الى قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها وذلك لان التفريق انما يتحقق في
ملك واحد كما في ملكين وقد مر بيانه **قوله** ولو كان التفريق لحق مستحق لا باس به اي بالتفريق وذلك
مثل ان يجني احدهما جناية او يشتريهما وكان باحدهما عيب لم يظهر عند العقود وذلك لان التفريق
انما نفي عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عن شخص الحاق الضرر بغيره فاذا
تعلق باحدهما حق فالمنع من ايفاء الحق اضرار بصاحب الحق وهذا معنى قوله لان المنظور اليه دفع
الضرر عن غيره لا الاضرار به اي دفع الضرر عن غير الصغير لا الاضرار بالصغير وانما حصل الاضرار
بالصغير ضمنا لحق مستحق فلا يلتفت اليه لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا قال
في الايضاح روي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما سبيل الفداء لانه مخير بين يدفع او يفدي
فكان الفدا اولى **قوله** فان فرق كره ذلك وجاز العقد اي قال القدوري في مختصره قال في
شرح الطحاوي وفي قول ابي يوسف لا يجوز البيع في الوالدين والمولودين خاصة ويجوز في غيرهما
وفي رواية عنه اخرى لا يجوز البيع في جميع ذلك وهو قول زفر والحسن بن زياد وقد مر
البيان قبل هذا **قوله** وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وشيرين وكانتا امتين اختين
وذلك في كتاب المغازي للعتبي عن عبد الله بن بريدة بن الحصيب عن ابيه قال اهدى امير
القبط الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة
واتخذ احدى الجاريتين فولدت له ابراهيم ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وقال غيره كان
اسم الجارية شيرين ام عبد الرحمن ابن حسان ويقال مارية ام ولده ماتت بعده بخمس سنين
ونختم الفصل بمسيلة ذكرها في الايضاح فقال والصبي المراهق اذا بيع باختياره ورضيت
امه لم يكره له ذلك لانه لا ضرر عليه اذا اختار التفريق وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه
روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه فرق بين والدة وولدها في البيع فقيل له في ذلك فقال
اني استاذنتها في ذلك فرضيت والله تعالى اعلم

باب الاقالة

مناسبة هذا الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما يرجع المبيع الى البائع او يقول لما كانت
الاقالة فسخا للبيع وهو يقتضي سابقة البيع والبيع الفاسد بيع ناسب ان يذكر الاقالة
عقيبه **قوله** الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول هذا لفظ القدوري في مختصره والدليل على
جواز الاقالة ما حدث في كتاب السنن عن يحيى بن معين قال حدثنا حفص عن الاعمش عن ابي
صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما اقال
الله عثرته ولان الاقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما
فكان لهما رفعه دفعا للحاجة **قوله** فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الاول وهذا ايضا لفظ القدوري وجملة الكلام فيه ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين

في جميع الاحوال منقولا كان المبيع او غير منقول مقبوضا او غير مقبوض عند ابي حنيفة رضي الله عنه
بيع في حق غيرهما حتى لا تصح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس
ولا الاجل الا اذا تعذر جعلها فسخا فحينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة
بعد القبض في يد المشتري قال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رضي الله عنه رواية اخرى
انها بيع بعد القبض وفسخ قبله وعند ابي يوسف الاقالة بيع قبل القبض وبعده الا اذا
تعذر جعلها بيعا كما في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا اذا تعذر الفسخ كما لو كان المبيع عرضا
بالدراهم فهلك بالعروض بخيبة فتبطل الاقالة اصلا قال في شرح الطحاوي وروي عن
ابي يوسف رحمه الله انه قال الاقالة بيع على كل حال حتى انه ابطل الاقالة في المنقول
قبل القبض لانه لا يجوز بيعه وعند محمد الاقالة فسخ على الثمن الاول سوا كان المبيع منقولا او
غير منقول لان بيع المبيع قبل القبض باطل عنده في المنقول وغيره فلما لم يصح البيع حمل
على الفسخ الا اذا تعذر الفسخ كما اذا كانت الاقالة بخلاف الجنس الاول وبالاكثر فحينئذ
تجعل بيعا جديدا فان تعذر حملها على البيع تبطل الاقالة كما لو كان المبيع غير مقبوض
وجه قول محمد رحمه الله ان الاقالة في اللغة هي الفسخ والرفع كما يقال في الدعا اللهم
اقلني عثرتي اي ارفعها فيراد الفسخ لانه مقتضيه اللغة فاذا تعذر الفسخ يحمل على البيع مجازا
لانه محتمله ولهذا كانت بيعا في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل
عن الالغا كما اذا كانت الاقالة بخلاف جنس الثمن الاول وبالزيادة عليه او ولدت
الجارية ولدا اما اذا كانت بالنقصان عن الثمن الاول تجعل فسخا لانه لو لم يذكر في الاقالة
جميع الثمن صحت الاقالة فكذا ان لم يذكر في الاقالة جميع الثمن صحت الاقالة فكذا ان لم يذكر
البعض وكذا اذا وقعت الاقالة على تاجيل الثمن صحت الاقالة وبطل الاجل ووجه قول
ابي يوسف رحمه الله ان موجب البيع تمليك المال بالمال بالتراضي وفي الاقالة ذلك فكانت
بيعا غير انهما تلفظا بلفظ الاقالة والعبرة للمعنى لا للفظ ولهذا كانت الحوالة بشرط عدم براءة
الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ولكن لم يشترط تسمية الثمن لانه معلوم
كبيع التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعا في حق الثالث حيث وجبت الشفعة
وبطلت الاقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كما في البيع الا ان في المنقول
قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدا فحملت على الفسخ كيلا يلغو الكلام حملا على الصحة حتى
لو كان المبيع دارا وتقايلا قبل القبض يكون بيعا عند ابي يوسف لان بيع العقار
قبل القبض جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ووجه قول ابي حنيفة ان
الاقالة رفع العقد وبين العقد ورفعه مضادة فلا يجوز ان يجعلا واحدا فكانت فسخا
ونجعلها بيعا جديدا في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم ثانيا حكم
الاقالة وقوع الملك ببدل وهذا كان لهما ولاية على انفسهما لا على غيرهما فباعتبار الحكم
في حق الثالث لا الصيغة اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الزيادة على الثمن الاول
او اقل منه او وقعت بجنس اخر بطل الشرط وتقع الاقالة على الثمن الاول لان رفع ما لم
يرد العقد عليه محال فاذا تعذر الفسخ كما اذا ولدت ولدا فالاقالة تبطل لتعذر اعتبار
معنى اللفظ اذ الولد مانع من الفسخ فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغي ان يجعل عبارة
عن البيع المبتدا مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث قلت انما

لم يحمل اللفظ علي المجاز للتعذر للمضادة بين العقد ورفعه واللفظ لا يجوز استعماله مجازا لضده وفي حق الثالث اعتبار معني البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار وجود معني البيع وهو حصول الملك ببدل فاظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما علي غيرهما بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد في معني الربوا والزيادة تمكن اثباتها في البيع فيحقق الربوا بخلاف الاقالة فانها رفع ما كان ورفع ما كان زايدا علي ما كان لا يتصور فلهذا لم يوثر الشرط الفاسد في الاقالة قال في شرح الطحاوي وعند ابي يوسف في الموضع الذي يجعلها بيعا جديدا يبطلها الشروط الفاسدة كما تبطل البيع والحاصل ان عند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح شرط الزيادة والنقصان فيقع الاقالة بالثمن الاول الا اذا حدث بالمبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الاقل من الثمن الاول فيجعل النقصان بازا الجزء المحتبس عند المشتري وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا شرط الزيادة تكون بيعا اما عند ابي يوسف فظاهر لان البيع هو الاصل عنده واما عند محمد رحمه الله فان الفسخ لما لم يمكن حمل علي البيع لامكانه واذا شرط الاقل يكون بيعا ايضا عند ابي يوسف لما قلنا من الاصل عنده ويكون فسخا عند محمد بالثمن الاول لانه لو سكت عند الاقالة عن جميع الثمن كان فسخا وكذا اذا سكت عن البعض وعند زفر الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما **قوله** وهذه احكام البيع اي الاشيا المذكورة من بطلان الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة احكام البيع **قوله** وكونه بيعا في حق الثالث مر بيانه انفا **قوله** وكذا اذا شرط الاقل يعني تقع الاقالة علي الثمن الاول **قوله** لما بينا اشارة الي قوله لتعذر الفسخ يعني ان الفسخ عبارة عن رفع ما كان علي الوصف المذكور وهذا المعني لا يتحقق الا اذا وقعت الاقالة بالثمن الاول **قوله** وهو فسخ بالاقل لما بينا وهو اشارة الي قوله لان الحط يجعل بازا ما فات بالعيب **قوله** بغير جنس الثمن فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجعل التسمية لغوا يعني اذا سمي جنسا اخر يلغوا ذكره ويبقي لفظ الاقالة من غير تسمية فينصرف الي المذكور في العقد الاول وهو التسمية كذا في الايضاح **قوله** وعندهما بيع لما بينا اي لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف ولان الفسخ اذا تعذر يحمل علي البيع عند محمد وهنا قد تعذر لوقوع الاقالة بغير جنس الثمن الاول ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده اي عند ابي حنيفة وعندهما يكون بيعا وهذا فيما اذا كانت الولادة بعد القبض بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند ابي حنيفة وحاصله ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سوا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وابو حنيفة لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متي وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها

فسخا عنده

فسخا عنده كذا في الذخيرة ثم اعلم ان ثمرة كون الاقالة فسخا تظهر في مواضع ذكرها في شرح الطحاوي احدها انه يجب علي البايع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة والثالث بعد ما تقايلا البيع قبل ان يسترد المبيع من المشتري لو باعه من المشتري ثانيا جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لم يجز ذلك قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع في حق الغير ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وثمرة كونهما بيعا في حق غيرهما تظهر في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا مما تجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد الي ملك البايع فطلب الشفيع الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق الثالث سوي المتعاقدين ومنها ان البيع لو كان صرفا فالتقابض في كلا الجانبين شرط في صحة الاقالة فيجعل في حق الشرع كبيع جديد ومنها انه لو اشتري شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من اخر ثم تقايلا وعاد الي المشتري ثم ان البايع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البايع كانه ملك بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البايع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع علي البايع لان البايع كانه اشتراه في حق الواهب **قوله** وكذا عند ابي يوسف في المنقول اي تكون الاقالة فسخا عنده في المنقول قبل القبض وروي عن ابي يوسف انها باطلة وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي **قوله** جايز عنده اي عند ابي يوسف **قوله** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها اي قال القدوري في مختصره وتمام المسئلة فيه فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في باقيه وذلك ان الاقالة رفع العقد وهو يستدعي قيام العقد والعقد قايم بالمبيع دون الثمن ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض بطل المبيع بخلاف هلاك الثمن قبله فاذا كان كذلك قلنا ان هلاك المبيع يمنع صحة الاقالة لفوات محل العقد ورفعه بعد فوات المحل محال بخلاف هلاك الثمن فان محل العقد وهو المبيع باق فلم يمنع صحة الاقالة والاصل هنا ما ذكر في الطحاوي ان هلاك احد المعقود عليه مما يمنع الاقالة ولا يبطلها بعد صحتها بيانه اذا تبايعا عينا بعين مما يتعين كل واحد منهما للعقد وتقابضا ثم هلك احدهما في يد مشتريه ثم تقايلا البيع فالاقالة صحيحة وعلي مشتري الهالك قيمة الهالك او مثله ان كان مثليا يسلمه الي صاحبه ويسترد العين منه وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قايمان ثم هلك احدهما ولو اشتري عينا مما يتعين للعقد بثمن دين كما اذا اشتري عرضا من العروض المعينة بدراهم او بدنانير وعين الدراهم والدنانير او لم يعينهما لانهما لا يتعينان في المبادلات وان عينتا وكذلك الفلوس وكذلك الكيلي والوزني اذا كان موصوفا بغير عينه والعددي لان الكيلي والوزني اوصافهما ثمن واعيانهما سلع ثم تقايلا البيع فانه ينظر ان كانت العين قايمة في يد مشتريه صحت الاقالة سوا كان الثمن قايما في يد البايع او هالكا لان الثمن وان كان قايما فهو في حكم الهالك لانه لا يتعين بالعقد ولو كان المعقود عليهما عرضين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا لا تصح الاقالة وكذلك لو كان احدهما هالكا وقت العقد والاخر قايم حتي صحت الاقالة ثم هلك القايم قبل الرد بطل الاقالة ولو عقدا عقد السلم وراس المال عرض يتعين للعقد او دراهم او دنانير او فلوس مما لا يتعين للعقد ثم تقايلا السلم وراس المال في يد المسلم اليه قايم او هالك فان الاقالة صحيحة لان السلم وان كان دينا في الحقيقة فان له حكم العين الا تري ان استبداله قبل القبض لا يجوز فصار كانهما تقايلا واحد المعقود عليهما قايم فان كان المال قايما وهو مما

بتعين للعقد فعلى المسلم اليه رد عينه وان كان هالكا فعليه رد القيمة ان كان غير مثلي او مثله
ان كان مثليا وان كان راس المال مما لا يتعين للعقد فعليه رد مثله قايما كان او هالكا وكذلك
لو قبض السلم ثم تقايلا والمقبوض قايم في يد رب السلم صحت الاقالة على ما ذكرنا وعلى
رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض بعقد السلم كعين ما ورد عليه العقد الا ترى
انه يجوز بيعه مرابحة على راس المال كذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله**
ولو تقايضا اي عقدا عقد المقايضة وهي بيع عرض بعرض ماخوذ من قولهم هما قيضان
اي مثلان والله اعلم

باب المرابحة والتولية

لما فرغ من بيان انواع البيوع
اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هي بالنظر الى جانب المبيع شرع في بيان انواعها
بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربوا والصرف وتقديم الاول على الثاني
لاصالة المبيع دون الثمن **قوله** والمرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة
ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة وهذا لفظ القدوري في
مختصره وفي بعض النسخ نقل ما يملكه بلفظ الماضي من باب التفعل قال صاحب التحفة
البيع في حق البدل ينقسم خمسة اقسام بيع المساومة وهو البيع على ثمن اتفق وهو المعتاد
وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو
تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية
في بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن
الاول مع نقصان يسير منه ثم الدليل على جواز المرابحة تعامل الامة في الامصار في ساير الاعصار
من غير نكير وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان من عدم الراي والعقل الذي
لا اهتدا له في التجارة يحتاج الى من يعتمد هو عليه فتطيب نفسه بما اشترى المعتمد
عليه فيعتمد عليه فيشتري منه بما اشتراه وبزيادة ربح فيجوز مثل هذا البيع دفعا للحاجة
الماسة ولهذا كان مبنى المرابحة والتولية على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها
حتى اذا اشترى شيا موجلا ليس له ان يبيعه مرابحة الا اذا بين الاجل وذكر محمد بن اسحاق
في كتاب السير تصنيفه لما قرب ابو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعني حين اراد الهجرة قدم له افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي يا رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لا اركب بعيرا ليس لي قال فهي لك يا رسول
الله بابي انت وامي قال لا ولكن ما الثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال
اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا وهذا يدل على جواز التولية **قوله**
لان الغبي يقال فلان غبي اذا كان يخفى عليه الامور **قوله** ولهذا كان مبناهما ايضاح
لقوله يحتاج الى ان يعتمد **قوله** ولا يصح المرابحة والتولية حتى يكون للعوض مما له
مثل اي مثل في البيع الاول وهذه من مسايل القدوري وجملة فيه ما قال صاحب التحفة
اذا باع شيا مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما ان يكون من ذوات الامثال
كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب او يكون من العدديات
المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها اما اذا كان
الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح فيجوز سواء كان الربح
من جنس الثمن الاول او لم يكن بعد ان يكون شيا مقدرا معلوما نحو الدرهم وثوب

مشار اليه

مشار اليه او دينار لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فاما اذا كان الثمن الاول لا مثل له فاراد
ان يبيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما ان يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه
او من غيره فان باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو اما ان يبيعه مرابحة بذلك
العوض او بقيمته ولا وجه للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه
ان يبيعه مرابحة بقيمته لان القيمة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة
واما اذا اراد ان يبيعه ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال ابيعك
مرابحة بالثوب الذي في يدك وبربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب
عشرة دراهم وهي معلومة وان قال ابيعك بربح ده يازده فانه لا يجوز لان ربح ده
يازده اي واحد عشر يقتضي ان يكون الربح من جنس راس المال لانه لا يكون احد عشر
الا وان يكون الحادي عشر من جنس العشرة فصار كانه باع بالثمن الاول وهو الثوب
وبجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه ثم في بيع المرابحة يعتبر راس المال
وهو الثمن الاول الذي ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما نقد بدلا عن الاول
بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم اعطى عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة دراهم
او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب
بعقد اخر وهو الاستبدال كذا في التحفة **قوله** ممن يملك ذلك البدل الخبر كان صورته رجل باع
عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذي في يده
الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب وبربح درهم جاز **قوله** وان باعه بربح ده يازده
اي بربح درهم على عشرة دراهم حتى لو كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان
كان ثلاثين كان الربح ثلاثة فقس على هذا **قوله** ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة
القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام هذا لفظ القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله كل ما جرت عادة التجار بالزامه المتاع من قصارة
او تطرية او غسل او فتل او صبغ بعصفر او زعفران او سواد او صفرة او اجرة سمسار
او حمل من بلد الى بلد فلا باس ان يلزم ذلك المتاع وذلك لان بيع المرابحة بيع
امانة فاذا ضم الى راس المال ما هو معتاد بين التجار حصل الاحتراز عن الخيانة فجاز
بخلاف ما اذا ضم ما ليس بمعتاد فانه يوجب الخيانة فلا يجوز وما ذكر من الاشيا مما جرت
العادة بضمه لانها تزيد في العين او في قيمتها كما في الحمل لان القيمة تتفاوت باختلاف
الامكنة قال في شرح الطحاوي وبعض مشايخنا اصل في ذلك اصلا فقال كل ما
يوثر في المعقود عليه فان بدله يلحق براس المال وكل ما يوثر في العين فانه لا يلحق
براس المال الا ان هذا الاصل لا يصح فان الكرا واجرة السمسار وساير الغنم يضم
ولا يوثر في العين وقال في الايضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادات
التجار يعم المواضع كلها وقال في التحفة واما اجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحق
براس المال وفي البرامكة قال لا يلحق وقال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان مضاربا
انفق على الرقيق وطعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما انفق من ذلك بالمعروف
فان كان اسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما انفق على نفسه في سفره في
كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم ايضا على ما انفق على مرضى

الرقيق في اجره طبيب او حجام او د واو يضم ما انفق على الغنم في سياقتها ولا يضم اجره الراعي
ولا جعل الابق ولا يضم التاجر ايضا ما انفق على نفسه ولا يضم ما انفق على الرقيق في
تعليم صناعه ولا قران ولا شعر ولا في غير ذلك الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ويقول تعليم
قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا هذا لفظ القدوري في مختصره يعني في كل موضع
يجوز له ان يضم الي راس المال ينبغي ان يقول قام علي بكذا لانه صدق ولا يقول اشتريته
بكذا فانه كذب لان الشرا بالشي علي ما ذكرتمنا في العقد والتعرض للكذب حرام وهذا
بخلاف ما اذا اشتري الرجل متاعا ثم رقمه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة علي رقمه
فهو جايز وهذه مسيلة الاصل حيث لا يقول قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا لانه كذب
وانما يقول رقمه كذا او كذا فانا ابيعه مرابحة علي ذلك قال محمد في الاصل وكذلك
لو كان اصله ميراثا او هبة او صدقة او وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة
علي تلك القيمة كان ذلك جايزا **قوله** فان اطلع المشتري علي خيانة في المرابحة
فهو بالخيار عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا تركه
وان اطلع علي خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله
يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما وهذه من مسايل مختصر القدوري واحد
قولي الشافعي رضي الله عنه مثل قول ابي حنيفة رضي الله عنه والاخر مثل
قول ابي يوسف كذا في شرح الاقطع ثم ظهور الخيانة اما باقرار البايع او بالبينة
او بالنكول عن اليمين والحاصل ان ابا يوسف سوي بين المرابحة والتولية فقال
يحط الخيانة في الفصلين ولا خيار للمشتري ومحمد سوي بينهما ايضا فقال لا يحط فيهما وله
الخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا تركه وابو حنيفة رضي الله عنه فرق بينهما فقال
في المرابحة يخير ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده وفي التولية يحط قدر الخيانة
من غير خيار وجه قول محمد رحمه الله ان الاصل في الثمن هو المسمي في العقد لانه يجب
ان يكون الثمن معلوما والعلم يحصل بالتسمية الا انه اذا لم يذكر الثمن بل قال بعتك مرابحة
او تولية يجعل الثمن في العقد الاول معيار الثمن في هذا العقد فيكون كالمسمي فاذا كان الاصل
في الثمن التسمية كان ذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فاذا فات وصف
مرغوب في الثمن بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب فيتخير كما لو وجد المبيع معيبا
وجه قول ابي يوسف ان الاصل كون العقد مرابحة او تولية لا التسمية ولهذا لو
اقتصر علي لفظ المرابحة او التولية صح بلا تسمية الثمن بان قال بعتك مرابحة علي الثمن
الاول وقال وليتك بالثمن الاول اذا كان الثمن الاول معلوما لانهما جعلا راس المال
في العقد الاول اصلا لبنا العقد الثاني فاذا كان لفظ المرابحة والتولية هو الاصل كان
ذكر التسمية كالتفسير فبظهور الخيانة لغت التسمية لانها لا تصلح تفسيرا فبقي ذكر
المرابحة والتولية فيتقدر الثمن في العقد بقدر ما في العقد الاول لان الثاني بنا علي
الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا فيبقي العقد مرابحة وتولية من غير خيار
الا انه يحط قدر الخيانة في التولية من راس المال وفي المرابحة يحط ذلك من
راس المال ومن الربح جميعا كما اذا اشتري ثوبا بعشرة علي ربح خمسة ثم ظهر
ان البايع اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من

الربح درهم

الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه لو لم يحط في التولية
لا يبقي العقد تولية لانه بيع بالثمن الاول فلا جرم يحط قدر الخيانة ليلا يبطل معني التولية وليس
كذلك المرابحة لانه اذا لم يحط فيها لا يخرج العقد عن موضوعه غاية ما في الباب ان الزيادة
تكون اكثر فيجوز العقد بما سمي به فيخير لانه تغير عليه شرط عقده فكان بمنزلة العيب
قوله فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة ذكر هذه المسيلة تفريعا لما تقدم قال في الايضاح ولو هلك المبيع او حدث به
ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة في بيع المرابحة سقط خياره ولا شي له في قول ابي حنيفة
وهو المشهور من قول محمد رحمه الله لانه تعذر الرد فسقط الخيار كما في خيار الروية والشرط
وقال شمس الايمة البيهقي في كفايته وعن محمد في رواية يرد المشتري قيمة المبيع ويرجع
بالثمن لانه يصح الفسخ علي القيمة نظرا للعاقد كما في التحالف **قوله** فيسقط ما يقابله
عند عجزه اي يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشتري عن الرد بهلاك المبيع
او بحدوث ما يمنع الفسخ **قوله** قال ومن اشتري ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان
باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يبيعه مرابحة علي الثمن الاخير وهذه من مسايل
الجامع الصغير وقول الشافعي رضي الله عنه كقولهما هذا في الاسرار وفي غيره واخذ
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما قالوا صورة المسيلة رجل اشتري
ثوبا بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن
ثم اشتراه بعشرة فاراد ان يبيعه مرابحة يحط عن الثمن الثاني الربح الذي ربحه
وهو خمسة فيبيعه مرابحة علي خمسة عند ابي حنيفة ولا يقول اشتريته بخمسة
ليلا يصير كاذبا ولكن يقول قام علي بخمسة وعندهما يبيعه مرابحة علي عشرة وان
كان الربح يستغرق الثمن الثاني بان اشتري بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة
لا يبيعه مرابحة من غير بيان عند ابي حنيفة رضي الله عنه بل يبيعه مساومة لانه
اذا حط عنه الربح لا يبقي الثمن وعندهما يبيعه مرابحة علي وجه قولهما ان العقد الثاني
عقد جديد علي مال معلوم ببدل معلوم لا تعلق له بالعقد الاول فجاز ان يبني المرابحة
عليه كالاول كما اذا تخلل ثالث بان اشتري من مشتريه فانه يجوز بيعه
مرابحة علي الثمن الثاني وكما لو اشتري ثوبا بعشرة فباعه بعوض يساوي خمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة علي عشرة ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ان بيع المرابحة بيع امانة فيحترز فيه كل عن شبهة وخيانة ولهذا اذا اشتري شيا
بثمن موجل لم يجز له ان يبيعه مرابحة علي ذلك الثمن حتي يبين لان الاجل حق
يزاد في الثمن لاجله فكان لبعض الثمن شبهة المقابلة بالاجل فصار كانه اشتري شيين
ثم باع احدهما علي ثمنهما جميعا مرابحة وكذا لو اشتري ثوبين لا يجوز بيع احدهما
مرابحة بحصته من الثمن لان الحصة لا تعلم الا بالحزر والظن وفي ذلك يجري
الغلط وكذا لو كان له علي اخر عشرة فصالحه بها علي ثوب لم يجز ان يبيعه مرابحة
علي عشرة لان الصلح مبني علي الحط والتجوز غالبا فلو وجدت حقيقة الحط
لم يبعه مرابحة علي عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الحط فثبت ان الشبهة

يجوز في هذا احتمال والحق فيه ما عمام

ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة وفي مسيلتنا وهي ما اذا اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه
بخمسة عشر كان الربح على شرف البطلان بفسخ البيع لانه كان بجوز ان يرد عليه بالعيب
فلما اشتراه بعد ما باعه بخمسة عشر تاكد الربح لانه امن عن البطلان واستفاد بهذا
العقد ثوبا واستقر الربح خمسة بعشرة فيصير الخمسة بالخمسة فيبقى الخمسة بالثوب
فيبيعه مرابحة على الخمسة وليس له ان يبيع الثوب وحده مرابحة على العشرة وللتاكيد
شبهة الايجاب الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بنصف المهر لانهم
اكدوا ما كان على شرف السقوط وفيما اذا اشترى بعشرة فباعه بعشرين ثم اشتراه
بعشرة يصير كانه اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرة فيبقى الثوب بلا ثمن بخلاف ما اذا
تخلل ثالث لان الربح تاكد بالثالث ولم يستفده المشتري الاول بالشرى الثاني فانتفت
الشبهة ووجه اخر لابي حنيفة ان عقد المرابحة مبني على الضم والجمع بدليل انه اذا اشترى
ثوبا بعشرة ثم صبغه او قصره بدرهم ثم طرزه بدرهم كانه يضم اجرة المطرز والقصار والصباغ
الى اصل الثمن حتى يقول قام علي بكذا فيبيعه مرابحة على ذلك فاذا ثبت هذا قلنا اذا
ضمت العقود عليه بالخسران فيه لا يحتسب عليه بالربح فيه كبيع سلعة اخرى ومعنى
ذلك انه لو اشتراها بعشرة ثم باعها بخمسة ثم اشتراها بعشرة ثم يبيعها مرابحة على
خمسة عشر جوابه لا يمتنع ان لا يحتسب له بالخسران فيه ويحتسب عليه فيه بالربح كمال
المضاربة فانه لا يحتسب له بالخسران فيه ويحتسب عليه الربح حتى انه لو هلك بعض
راس المال ونقص يضم اليه الربح فيكمل به ولو خسر لا يجب شي والمعنى في الاصل ان
نماها لا يضم الى هذه فلهذا لا يضم ربحها الى ربح هذه بخلاف العين الواحدة قوله لشبهة
الحطيطة وهي ما حط من ثمن السلعة قوله واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوب
بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في العبد الماذون له في التجارة
يكون عليه الدين الكثير يحيط برقبته فاشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه من مولاه
بخمسة عشر درهما كم يبيعه المولى مرابحة قال بعشرة دراهم وكذلك ان كان الذي
اشتراه هو المولى ثم باعه من العبد بخمسة عشر باعه العبد مرابحة على عشرة هذا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وقال في المبسوط واذا اشترى الرجل من ابيه او امه او
مكاتبه او عبده ممن مواليه متاعا بثمن قد قام على البايع باقل من ذلك فليس للمشتري
ان يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البايع للتهمة هذا لفظ محمد في الاصل وقد اختلف
نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيد فخر الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر
الشهيد عبد ماذون عليه دين يحيط برقبته او غير محيط برقبته وقاضي خان قيد
بالمحيط ايضا والعتابي قيده بالماذون فحسب ولم يذكر الدين اصلا وقال في
شرح الطحاوي لو اشترى من مماليكه ومكاتبه وعبيده الماذون عليهم دين او لا دين
عليه فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين الا ان يبين الامر على وجهه لكن فسر
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لا دين عليه فالشرا
الثاني باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فما له لمولاه فاذا اشترى منه المولى

صار كان

صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا الشرا فايدة ولو كان العبد عليه دين جاز شرا
المولى منه لان المولى بهذا الشرا يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مرابحة الا بعشرة لان
العبد اذا كان عليه دين فماله لمولاه من وجه لان المولى يقدر على تخليص ماله لنفسه
لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فشرا المولى منه شرا من وجه وليس بشرا من وجه
وبيع المرابحة بيع الامانة فيوخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على اقل الثمنين والحاصل
ان العقد الواقع بين المولى وعبده الماذون المديون والمكاتب جايز لافادته ملك
اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضا
دين العبد واستخلاص اكسابه ولذلك المكاتب اذا عجز فرد في الرق يسلم اكسابه
للمولى فكان ملك العبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة
ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه ولو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبعه الا
على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المرابحة
واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشرا عن مولاه فلو كان الوكالة ثابتة حقيقة
لم يبع المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة وقال في شرح الطحاوي اشترى
من شريكه سلعة فانه ينظر ان كانت السلعة ليست من شركتهما فان له ان
يبيعها مرابحة على ما اشترى ولا يبين وان كانت السلعة من شركتهما فانه يبيع
نصيب شريكه على ضمانه في الشرا الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشرا الاول
نحو ان تكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما ثم اشترى احدهما من صاحبه
بالف ومايتي درهم فانه يبيعه مرابحة على الف ومايه لان نصيب شريكه
من الثمن الثاني ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمس مائة فيبيعها على
ذلك ولو اشتريا سلعة ثم اقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته
من الثمن فانه ينظر ان كان بحال تكون القسمة محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب
جاز بيعه مرابحة وان كان بحال يكون القسمة مبادلة كالاشيا المتفاوتة فلا يجوز بيعه مرابحة
قوله في هذا العقد اي في العقد الذي جرى بين العبد الماذون المديون ومولاه قوله
لجوازه مع المنافي يعني ان العقد جاز لقيام الدين ولكن جوازه مع وجود المنافي للجواز وهو كون
العبد ملكا للمولى فصار كانه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشرا فكان شبهة عدم الجواز
قوله في الفصل الاول اي فيما اذا باعه من مولاه قوله فكانه يبيعه للمولى اي لاجل المولى
قوله في الفصل الثاني اي فيما باعه من عبده المولى قوله واذا كان مع المضارب عشرة
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصف وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم ان بيع المضارب من رب المال
جايز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لزفر لان شرا الانسان مال نفسه لا يجوز
فلما جاز ذلك عندنا فاراد رب المال ان يبيع مرابحة باعه مرابحة على اثني عشر ونصف
وهذا لان بيع المرابحة بيع امانة يحترز فيها عن الخيانة وعن شبهتها وهذا البيع وان صح عندنا
فيه شبهة العدم لما قلنا من جهة زفر ولهذا قلنا ان المضارب وكيل عنه في البيع الاول
ولهذا تبطل المضاربة بموت احدهما فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح وهو
درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا

شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف
وكذلك يبيعه مرابحة علي اثني عشر درهما ونصف قال في شرح الطحاوي وكذلك
لو اشتري رب المال سلعة بالف درهم يساوي الف درهم وخمس مائة وباعها
من المضارب بالف وخمس ماية فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومايتين
وخمسماية الا اذا بين الامر علي وجهه وهذا لما ذكرنا ان بيع المرابحة بيع امانة تجب
صونها عن الخيانة وهي شبهتها ما امكن وفي بيع هولا بعضهم من بعض شبهة وتهمة
الي هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** مع انه يشتري ماله بماله اي مع ان رب المال
يشتري مال نفسه بمال نفسه لان رقبة المال له **قوله** لما فيه من استفادة ولاية
التصرف دليل قوله قضي بجوازه وذلك ان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال
بتسليم المال الي المضارب ثم لما اشتري من المضارب استفاد ولاية التصرف
قوله والانعقاد يتبع الفايدة ولهذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة
واحدة جاز ودخل عبده في الشرا لحصول الفايدة في حق انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك
فيما نحن فيه لان المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف وكغير المملوك لرب المال
في حق التصرف ولا يملك رب المال ابطال هذا الملك للمضارب الا بالشرا فجاز ذلك
لحصول الفايدة **قوله** ففيه شبهة العدم متعلق بقوله وان قضي بجوازه **قوله** الا تري
انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه ايضاح شبهة العدم متعلق بقوله وان قضي بجوازه
قوله الا تري انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه ايضاح يعني ان شرا المضارب لرب
المال من وجه وهو وكيل عنه لان رقبة المال لرب المال ومن وجه للمضارب ولهذا اذا
اشتري لا يجوز حجر رب المال علي المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه علي اقل الثمنين
للاحتياط وحصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي
قوله قال ومن اشتري جارية فاعورت او وطيها فهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين
وهذه مسيلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل اشتري جارية فاعورت عنده من السما قال يبيعها مرابحة ولا يبين وان
هو فقا عينها او فقاها انسان اجنبي فاخذ كذلك ارشا لم يبع مرابحة حتى يبين ثم قال
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشتري جارية وهي ثيب
فوطيها ولم ينقصها الوطي شيا قال له ان يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان اشتراها
وهي بكر فوطيها لم يبعها مرابحة حتى يبين الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
اما في الاعورار فانه يبيعها مرابحة قبل ان يبين انه اشتراها سليمة فاعورت
لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن ما لم تكن مقصودة بالاتلاف لانها اتباع ولهذا
لو اعورت بعد العقد قبل القبض لا يسقط شي من الثمن فعلم ان ما يقابله من البدل
قايم بالكلية فيبيع من غير بيان بخلاف ما اذا فقا المشتري عينها او فقاها اجنبي
فاخذ المشتري ارشها حيث لا يبيع مرابحة الا بالبيان لان الفايت صار مقصودا
بالاتلاف ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض يسقط حصته من الثمن لانه
حبس جزا صار مقصودا او حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي مرابحة علي ذلك الثمن
قالوا في شرح الجامع الصغير وكذلك اذا اشتري ثوبا فاصابه قرض فار او حرق

نار هو

نار فهو بمنزلة الاعورار ولا يلزمه البيان وان تكسر بنشره وطيه لزمه البيان وفي قول زفر
رحمه الله اذا اعورت بافة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن
حالها التي اشتراها قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وقول زفر اجود ثم قال وبه ناخذ
واما اذا وطي بكرا فازال عذرتها فلا يبيعها مرابحة قبل البيان لانه حبس جزا من العين
بخلاف ما اذا وطي ثيبا ولم ينقصها الوطي فانه يبيعها مرابحة قبل البيان لان المستوفي
ليس بمال فلم يقابله البدل فكان كالاستخدام **قوله** في الفصل الاول اي فيما اذا اشتري
جارية فاعورت **قوله** قلنا اذا فقا عينها وفي بعض النسخ واما اذا فقا وهو الاصح ولو
فقات عين نفسها بنفسها فهو كالاعورار لا يلزمه البيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
شي من الثمن وفي تكسر الثوب بنشره وطيه يلزمه البيان لانه صار مقصودا بالاتلاف
قوله ومن اشتري غلاما بالف درهم نسية فباعه بربح ماية ولم يبين فعلم المشتري
فان شا رد وان شا قبل وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل اشتري غلاما بالف درهم نسية وباعه من اخر بربح ماية
درهم ولم يبين له انه اشتراه بنسية قال اذا علم المشتري فان شا رده عليه
وان كان قد استهلكه لزمه الثمن كله وان كان ولاه اياه بها ولم يبين انها نسية فان
شا رد عليه وان شا قد استهلكه فهو بالالف حالة الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير والاصل هنا ان بيع المرابحة مبني علي الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة وفيما نحن
فيه شبهة الخيانة فيجب الاحتراز عنها وهذا لان الاجل معني يزاد في الثمن لاجله فكان للاجل
شبهة المبيع فالحق بحقيقة المبيع احتياطا فانه اشتري شيين وباع احدهما بذلك الثمن
مرابحة وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا فلما لم يبين انه نسية تظهر الخيانة
وظهور الخيانة كالعيب فيكون له الخيار واذا اهلك المبيع او استهلكه بوجه بان باعه او
بوجه اخر بطل خياره ولم يرجع بشي لانه لما هلك او استهلكه تعذر الفسخ والاجل لا يقابله
شي من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له ان يفسخ
البيع ان كان المبيع قايما فاما ان يسقط من الثمن شي بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا وكذلك
في التولية اذا لم يبين البايع انه اشتراه بالف نسية فاذا علم المشتري كان له الخيار
ان شا اخذه بالف حالة وان شا رده وان علم بعد الهلاك لزمه الالف كما في المرابحة
لان كل واحد منهما بيع امانة يجب الاحتراز فيه عن شبهة الخيانة وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن محمد رحمه الله انه قال للمشتري
ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا علي اصله مستقيم كما قال
في التحالف والتراد ان القيمة قامت مقامه فكذلك هاهنا وروي عن ابي يوسف
في النوادر انه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له علي
اخر عشرة دراهم جياد فاستوفي زيوفا ولم يعلمها حتي انفقها يرد زيوفا مثلها وياخذ
الجياد وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه ابو جعفر الثلجي يختار
في الفتوي ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن موجل ويرجع المشتري علي البايع بفضل
ما بينهما علي عادة الناس **قوله** لا يقابله شي من الثمن اي حقيقة ولكن فيه
شبهة المقابلة ولهذا يزاد الثمن لاجل الاجل **قوله** لما ذكرنا اشارة الي قوله لان الاجل

لا يقابله شيء من الثمن **قوله** وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى أي في مسائل منثورة قبيل
كتاب الصرف **قوله** وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل وهو قول الفقيه أبو جعفر الهندواني
وقد مر قبل هذا **قوله** وقيل يتبعه ولا يبينه لأن الثمن حال لو اشترى بعشرة نقد
ثم ينقده الثمن شهرا فله أن يبيعه مرابحة على عشرة دراهم نقد لأنه اشتراه بعشرة نقد
كذا في الفتاوى الولوالجي **قوله** قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فالبيع فاسد أي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه فإذا أعلم المشتري بكم
قام عليه فالخيار للمشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك اعلم أن المراد بما قام عليه ما اشتراه
به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والفتل فإذا لم المشتري ذلك فالبيع فاسد كان
ذلك لا يعلم إلا ببيان البائع فإذا لم يبين كان الثمن مجهولا فيفسد البيع لجهالته إلا أن
هذا الفساد فساد في صلب العقد وليس بمستقر قبل الافتراق لأن ساعات المجلس
كساعة واحدة ولهذا جاز تأخير القبول إلى آخر المجلس فإذا أعلمه في المجلس صح لأن الإعلام
فيه بعد العقد كالإعلام في ابتداء العقد فجعل تأخير الإعلام إلى آخر المجلس عفوا كتأخير
القبول إليه وبعد الافتراق تقرر الفساد فلم يمكن رفعه لأن الفساد المتقرر
في صلب العقد لا يقبل الإصلاح ونظيره من باع شيئا برقمه أي بعلامة أعلم
البائع على الثوب أن ثمنه كذا فإنه معلوم عند البائع مجهول عند المشتري وكان
البيع فاسدا لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع في المجلس صح وإلا فلا قال فخر الإسلام
رحمه الله وهذا إيجاب أصله الفساد على احتمال الصحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وكذلك عند محمد في رواية وفي رواية عنه أنه صحيح على احتمال الفساد لأن هذا اسم معلوم
في نفسه والصحيح هو الأول لأن هذا الاسم لا يفيد العلم لأنه لا ينبئ على القدر فصار الفساد
فيه أصلا وإنما وجب الخيار لخلل في الرضا لأن الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار
الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات وقد ورد الشرع في خيار الرؤية
وهذا في معناه فكان ملحقا به قال فخر الإسلام وهو معنى قول مشايخنا تكشف
حال الرؤية بعد ما كانت ملتبسة والله أعلم **فصل** مسائل هذا الفصل
لما كان البيع فيها مقيدا بوصف زائد أشبهت المرابحة والتولية من حيث إن
فيهما قدرا زائدا على أصل البيع ولكنها ليست بمرابحة وتولية فجيء بالفصل لهذا
قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز بيعه حتى يقبضه وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه نهى عن بيع ما لم يقبض وقد روى صاحب السنن عن عبد الله بن مسلمة
عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وفي السنن أيضا مسندا إلى طاووس
عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن اشترى
أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه قال وقال ابن
عباس رضي الله عنه وأحسب كل شيء مثل الطعام وحدث الطحاوي في شرح
الآثار بإسناده إلى حكيم بن حزام قال كنت اشتري طعاما فأربح فيه قبل أن أقبضه
فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا تبعه حتى تقبضه وروي في السنن

وشرح الآثار

وشرح الآثار مسندا إلى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل
فأعطاني به ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي
فالتفت فإذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك
فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها
التجار إلى رحالهم والأحاديث في هذا الباب كثيرة في السنن وشرح الآثار
ولأن في المنقول غرر انفساخ العقد على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض
فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد وقد روي في
السنن مسندا إلى الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وجملة القول فيه ما قال صاحب الإيضاح
أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه
كالمبيع والأجرة إذا كانت عينا وبدل الصلح إذا كان معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه
فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم
العمد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لأن هلاكه لا يبطل العقد ويكون على الذي بدله
قيمته وقال في الإيضاح الفقه فيه أن المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد
ولكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن فإذا كان يتوهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود
عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه وإذا لم يتوهم غرر الانفساخ بهلاكه انتفى المانع فجاز العقد
ولهذا المعنى جوز أبو حنيفة وأبو يوسف بيع العقار قبل القبض وما لا يجوز بيعه قبل
القبض فكذلك لا يجوز إجارته قال ولو وهبه أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه
من غير بائعه لم يجز في قول أبي يوسف وقال محمد يجوز لأن هذه التصرفات تتعلق صحتها
بالقبض فيصير الموهوب له وغيره ممن ذكرنا نائبا عنه في القبض ثم يصير قابضا لنفسه
ولأبي يوسف أن صحة التصرف بناء على الملك فإذا كان غرر الانفساخ ثابتا لم يكن
الملك مستقرا فصار كالقاصر في حق إطلاق التصرف فأما إذا قال أطعم عن كفارتي فهذا
طلب التمليك لا أنه تصرف يوجد منه بناء على الملك وفي مسألتنا التصرف بناء
على الملك وفيه قصور فلا يجوز التصرف وقال في شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل
القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع لأن الوصية أخت الميراث ولو
مات قبل القبض يكون موروثا للورثة فكذلك الوصية وقال في الإيضاح وغيره ولو
وهب من البائع أو رهنه لم يصح اتفاقا وفرق محمد بين البائع وغيره أن البائع لا ينزل
منزلة المشتري في القبض وغيره ينزل منزلته ولو أن المشتري وهب للبائع
فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه من البائع فقبله لم يصح هذا البيع ولم ينتقض
البيع الأول والفرق أن الهبة يجوز أن يجعل مجازا عن الإقالة يقال وهب له دينه
والبيع لا يجوز أن يجعل مجازا عن الإقالة **قوله** ويجوز بيع العقار قبل القبض وهذا لفظ
القدوري وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو الاستحسان والقياس
أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي رحمهم الله كذا قال في شرح الطحاوي
وصحة القبض بأحد الأمرين إما بالتخلية كما في المنقول وغيره أو بحقيقة القبض
كما في المنقول وجه قول محمد رحمه الله عموم النهي وهو ما روي عن النبي صلى الله

عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يقبض وهو بعمومه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان
بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيهما جميعا
ولان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون
البيع فاسدا قبل القبض كما في المنقول لانه لم يدخل في ضمانه وهذا لا يجوز العقار قبل
القبض ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الي محله فجاز وانما لم يجز بيع المنقول
قبل القبض لتوهم غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى
لا يوجد في العقار لانه لا يرد عليه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء والرمل او تخريب النار
والنادر لا يعتد به والدليل علي صحة هذا المعنى ان التصرف في المهر وبدل الخلع والعتق
علي مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جايز لان بالهلاك لا ينفسخ العقد علي انا نقول
قلنا بمجرد غلبة الماء والرمل لا يصير هالكا لانه يمكن ان ينتفع بالعقار في ثاني الحال بان
ينصب عنه الماء او بزوال الرمل بهبوب الريح وانما يصير هالكا لانه يمكن ان ينتفع
بالعقار في ثاني الحال بان ينصب عن الماء او بزوال الرمل بهبوب الريح وانما يصير هالكا
بان يصير بحرا او يغلب عليه بحيث لا يزول اصلا وذلك في غاية الندرة حتى لو كان في
موضع لا يندر غاية الندرة بان كان علي طرف مفازة الغالب عليها الرمل او علي شط
البحر فهو والمنقول سواء كذا قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف ولانه عين
ملكت بسبب لا يخشى انفساخه بهلاكها فجاز التصرف فيها قبل القبض كالموروث
ولانه سبب لانتقال الملك فجاز ان يثبت في العقار قبل القبض كالشفعة او نقل
ملك كالشفعة والجواب عن الحديث فنقول المراد منه بيع المنقول وما يمكن ضمنه
بالمراجم لانه هو الحقيقة في القبض يدل عليه ما روي انه عليه السلام نهى ان يباع
السلع حتى يبتاع حتى يحوزها التجار الي رحالهم لان الحوز الي الرحال لا يكون الا في المنقول
ولانه عام مخصوص الا ترى انه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيختص
بالمنقول لانه هو المراد اجماعا وفي غيره خلاف ولان القياس ان يجوز بيع المنقول
قبل القبض ايضا لدلايل جواز البيع من الكتاب والسنة والاجماع الا ترى انه ترك
القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد
بهلاك المبيع لان العام اذا لم يمكن اجراؤه علي العموم حمل علي اخص الخصوص والجواب
عن قوله ان المقصود من البيع الربح قلنا لا نسلم ان الربح هو المقصود من بيع العقار وشرايه
ولين سلمنا ذلك فنقول لا نسلم ان الربح بدون الضمان منهي ولا نسلم ان اجارة العقار
قبل القبض لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف بل هي جايزة عندهما ولين سلمنا
انها لا تجوز فنقول الاجارة ترد علي المنافع وهلاك المنافع ليس بنادر والبيع يرد
علي العين وهلاك العقار نادر فظهر الفرق او نقول الاجارة بيع المنفعة وانه
دون المنقول وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فهذا اولى فان قالوا مبيع لم يقبض
فلا يجوز بيعه كالمنقول قلنا ينتقض بالثمن لانه ليس بمقبوض ومع هذا يجوز التصرف
فيه فان قلت في العقار ايضا توهم انفساخ العقد بان يرد بالعيب قلت لا
يستقيم ذلك لانه متى جاز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشتري الثاني
فبعد ذلك لا يقدر المشتري الاول علي رده بالعيب فزال توهم انفساخ العقد

فان قلت

فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض ايضا بظهور الاستحقاق فكيف لم
يلتفت اليه قلت لان الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض لان المراد
به اخص الخصوص لما قلنا علي انا نقول يلزم حينئذ ان يكون باب البيع مسدودا وهو مفتوح
بدلايل جواز البيع **قوله** والغرر المنهي غرر انفساخ العقد اي العقد الاول وقد بيناه
وفسر بعض الشارحين بقوله اي العقد الثاني وكانه سهو العلم او غلط في الاصل **قوله**
بدلايل الجواز اي من الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع
وحرم الربوا وقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم واما السنة فقوله عليه السلام يا معشر التجار يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة
وفي رواية بما اللغو والكذب رواه في السنن قيس بن ابي غرزة رضي الله عنه وقد بعث النبي
صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فلم ينكر عليهم ذلك بل قررهم عليه وقد انعقد اجماع
الامة علي ذلك **قوله** قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه
ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن
هذا لفظ القدوري في مختصره وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه قال اذا اشتريت شيئا مما يكال او يوزن او يعد فاشتريت ما يكال كيلا
او ما يوزن وزنا او ما يعد عدا فلا تبعه حتى تكيله او تزنه او تعده فان بعته قبل ان تفعل
وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن والعد وان اشتريت مذارعة وقبضته
ثم بعته قبل ان تذرعه فالبيع جايز وهذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ذكر ولانه لا يبيع
العددي اذا اشتراه عددا حتى يعده ولم يذكر انه لو باعه قبل العد ما حكمه وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي وقال في قول ابي حنيفة لا يجوز
وفي قول ابي يوسف يجوز وابو حنيفة جعل ذكر العدد بمنزلة الكيل والوزن وابو
يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في
مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد مع ابي يوسف هكذا ذكر علامة
مشايخنا في شروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي يوسف واليه ذهب صاحب الهداية
ولكن ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة ثم اعلم ان الاموال
ثلث اقسام مقدرات كالكيلي والوزني وعدديات ومذروعات ففي القسم
الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكيل مبيع
فيكون بايعا ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان
اشتراه بشرط الكيل والوزن بان قال اشتريت علي انها عشرة اقفزة او علي انه
كذا منا لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري فلما ثبت هذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن ايضا لانهما يجريان
مجرى واحدا لانهما شرط علة الربوا والفقه فيه ان النهي عن البيع يدل علي
فساده اذا كان لمعنى في المبيع وهو جهالته بيان ذلك ان البيع تناول ما
يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زاد رد الزيادة
وان انتقص رجع بحصته من الثمن فاذن يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرز

عن مثله واجب فلم يجب التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كال البايع
قبل البيع بحضرة المشتري او غيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البايع ولا صاع المشتري
والشرط ان يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله او وزنه بعد العقد بحضرة المشتري
مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه
قبل الكيل والوزن ثانيا وعند البعض لا بد من الكيل او الوزن مرتين احتجاجا بالخبر
والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن اعلام المبيع وافراده وذلك يحصل
بالواحد فلا حاجة الى الاعادة فالمراد بالحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل ان
يشتري المسلم اليه من رجل كرا مثل كر السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن السلم فان ثمه
يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله
لنفسه لان هاهنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كيل على حدة فاما اذا كاله بعد
العقد بغيبة المشتري فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك واما على قول
عامة المشايخ فالصحيح انه لا يكتفى بذلك حتى يوجد كيل اخر بحضرة المشتري لان الكيل
من جملة التسليم لانه به يمتاز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغايب لا يتحقق فاذا لم
يفعل حتى باعه بعد ما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل ان يزيد فيختلط المبيع بغيره
واستدلوا بما ذكر في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البايع منه قفيزا بغير حضرة
المشتري فهلك ان البيع قايم بقفيز فيما بقي ولا يقع به الافراز ومسيلتنا وتلك المسيلة
على السوا قال فخر الدين قاضي خان رحمه الله وان اشترى مكايلة وباع مجازفة قبل الكيل
في ظاهر الرواية لا يجوز وذكر ابن رستم في نوادره انه يجوز واما المزروعات كالثوب والعقار
ونحو ذلك فان اشترى مجازفة او بشرط الذرع بان اشترى على انه عشرة اذرع مثلا
فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس بثابت لان
الذرع صفة تملك وتملك الاصل لا يقابله شي من الثمن الا ترى انه لو زاد لا يرده ولو
انتقص لم يرجع بحصته من الثمن فكان الزيادة والنقصان في باب الثوب بمنزلة
الصفة وتمام البيان فيه مر في اول كتاب البيوع عند قوله ومن اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع بخلاف المكيل والموزون لان الزيادة ليس بوصف بل هو اصل كالجملة
واما المعدودات كالجوز والبيض فان اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف
قبل العد ثانيا لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في شروح الجامع الصغير عن ابي
حنيفة رضي الله عنه انه ابطل البيع قبل العد ثانيا كما في الكيلي والوزني لان العدد
لمعرفة المقدار الا ترى انه لو اشترى جوزا على انه ماية فزاد فالزيادة للبايع ولا يدخل
في البيع فاذا كان العد لمعرفة المقدار صار كالكيل والوزن وروي عنهما انهما اجازا العقد
قبل العد لان العد يخالف الكيل والوزن الا ترى انه لا يجري فيه الربا ولهذا لو باع
جوزة بجوزتين جاز فاذا خالف حكمه حكم الكيل والوزن لم يثبت حكم الخبر الذي ورد
في الكيلي فيه **قوله** فاكتاله او اتزنه الاكتيال الاخذ بالكيل والاتزان الاخذ بالوزن
يقال كال المعطي فاكتال الاخذ ووزن المعطي فاتزن الاخذ **قوله** لم يجز للمشتري منه
اي للمشتري الثاني من المشتري الاول الذي اشتراه مكايلة او موازنة **قوله**
على ما نبين في باب السلم وقد بينا ذلك انفا وسيجي ذلك في باب السلم عند قوله

ومن اسلم

ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا فامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء
وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز **قوله** والتصرف في
الثمن قبل القبض جايز قال القدوري في مختصره اعلم ان التصرف في الاثمان وساير الديون من المهر
والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جايز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس
ايضا ذلك في المبيع المنقول الا ترى انه ترك ذلك بالحديث وهو معلول بغرر انفساخ العقد ولم
يوجد هذا المعنى في الاثمان والديون يؤيده ما روي في السنن مسندا الى سعيد بن جبير عن
ابن عمر رضي الله عنهما قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم
واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في
بيت حفصة فقلت رويدك اسالك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم
وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا باس ان تاخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شي واما الميراث
فالتصرف فيه جايز قبل القبض لان الوارث خلف المورث في الملك وكذا الموصى
له لان الوصية اخت الميراث ومعنى قوله عليه السلام لا باس ان تاخذها بسعر
يومها اي لا تطلب فيها الربح فيكون ربح ما لم يضمن وانما اشترط ان لا يتفرقا وبينهما
شي لان اقتضاء الدراهم من الدنانير صرف وعقد الصرف لا يصح الا بالتقابض **قوله** قال
ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن
الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك اي قال القدوري في مختصره وقال زفر زيادة
البايع والمشتري هبة مبتداة ان قبضت استحقت بجميع ذلك اي بالمزيد والمزيد
عليه ان للبايع ان يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن
حالا وليس للمشتري ان يمنع الزيادة بعد ذلك لانها التحقت باصل العقد وكذلك المشتري
ليس له مطالبة البايع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن وكذلك
المشتري يرجع على البايع بجميع ذلك اعني بالوصل والزيادة اذا استحق المبيع وفي صورة
الحط للمشتري مطالبة البايع بتسليم المبيع اذا سلم ما بقي من الثمن بعد الحط وكذلك
الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط وجه قول زفر رحمه الله ان المبيع دخل في ملك
المشتري فلو جاز زيادة الثمن يكون ذلك عوضا عن ملكه فلا يصح ذلك ويجعل
برا مبتدا ايضا وكذا الثمن دخل في ملك البايع فلو جاز زيادة المبيع كان عوضا عن ملكه
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيرهم في حديث جابر بن عبد الله قضاني رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثمن جمل وزادني قيراطا فقلت هذا قيراط زادنيه رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يفارقني ابدا فلم يزل معي حتى جاء اهل الشام واخذوه ولان العاقدين
لهما ولاية رفع العقد من الاصل فاولى ان يكون لهما ولاية تغيير وصف العقد من كونه
رابحا الى كونه خاسرا او بالعكس او الى كونه عدلا ولان كل زيادة لو وجدت في الابتداء تعلق
بها الاستحقاق فاذا وجدت بعد العقد جاز تعلق الاستحقاق بها كالزيادة في المجلس
ومدة الخيار والزيادة في الرهن لانه تصرف في الثمن فجاز كالحط تحقيقه ان الحط
من الثمن زيادة من البايع للمشتري كما ان زيادة من المشتري للبايع فاذا جاز احدهما
جاز الاخر لا يقال الحط تثبت في حق الشفيع والزيادة لا فظهر الفرق لانا نقول

في الحط منفعة في حقهما فتثبت بخلاف الزيادة فان فيها مضرة لهما بخلاف المتعاقدين
فان الزيادة تثبت في حقهما لثبوتها بتراضيهما لا يقال لو وجدت الزيادة في ابتدا
العقد تثبت في حق الشفيع وان استضر بها لانا نقول لم تثبت ثمه الزيادة بعد ثبوت
حق الشفيع وكان مخيرا بخلاف الزيادة بعد انبرام العقد اخذ الخصم وقال كل زيادة تلحق
العقد قبل اللزوم لا تلحقه بعد اللزوم كالزيادة في الدين الذي به رهن جوابه انه
منقوض بالزيادة في الرهن فانها تلحق قبل اللزوم وبعده وبالزيادة في الاجل والخيار
للكفيل والحط وقولهم لو جاز الزيادة كانت عوضا عن ملكه فلا نسلم ذلك لانها على تقدير
الصحة تلتحق باصل العقد وكانها وجدت في ابتدا العقد فلا يلزم ذلك ومن اصحابنا
من قال ينفسخ العقد الاول وينعقد على الثمن الاول والزيادة كما في المجلس ثم الزيادة
في الثمن انما تصح اذا كان المعقود عليه قايما اما اذا هلك فلا يصح سوا كان الهلاك
حقيقة كما اذا مات او حكما كما في مسئلة الجامع وهي ما اذا اشترى الرجل من الرجل جارية
بالف درهم فقبضها المشتري فاعتقها او دبرها او كاتبها وكان استولدها ثم ان
المشتري زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح وكذلك لو باعها او وهبها من غيره وسلمها
اليه قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير كذا ذكر في ظاهر الرواية
ثم قال وروى ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان الزيادة
في الفصول كلها جايزة ثم قال كذا ذكر الجصاص ان الكرخي كان يقول هما جميعا رويا
ذلك عن ابي حنيفة رحمهم الله ثم قال قال وكان الكرخي يقول المذكور في الجامع قولهما
خاصة وقول ابي حنيفة رضي الله عنه هو ما روياه وجه قولهما ذكر في الجامع ان الزيادة
تغيير للعقد حال قيام العقد فما دام المعقود عليه قايما كان العقد قايما لقيام اثره وهو
الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يتصور تغييره بخلاف
الحط فانه يصح بعد هلاك المعقود عليه فانه لو امكن ان يجعل تغييرا للعقد قايما بان
كان العقد قايما جعل تغييرا وان لم يمكن جعله تغييرا كما في حالة الهلاك جعل ابرا عن
الدين فصح الحط في الحالين ووجه ما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الزيادة
لا يقتصر على الحال بل يجعل في التقدير موجودة عند العقد فامكن ان تجعل تغييرا له
والمعقود عليه قايم تقديرا ولهذا قبل العقد الفسخ بالرد بالعيب بعد هلاك المعقود عليه
اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا
لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك او ابقايه بطريق التجدد
فلم يكن لابقا العقد في حقه فايدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فايدة فيبقى قال في شروح
الجامع الكبير ولو رهنها او اجرها او خطبت يدها صحت الزيادة لان المعقود عليه
قايم والنصرانيان اذا تبايعا خمرا ثم اسلما لم تجز الزيادة في الثمن لانه كالهالك في حق
المسلم ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم تجز لان المحل ليس بقابل فان قلت ينبغي
ان لا يثبت حط البعض في حق الشفيع والمرابح كحط الكل قلت لا نسلم ان القياس
صحيح لان حط الكل يخرج العقد عن موضوعه حيث يصير هبة لانه يبقى المعقود
عليه بلا عوض وليس لهما ان ياخذا بلا عوض ولهذا لم يثبت في حقهما وليس كذلك
حط البعض لان العقد بيع كما كان قال في شرح ابي نصر قال الشافعي رضي الله عنه

الحط بعد لزوم

الحط بعد لزوم العقد لا يلحق بالعقد ويكون هبة وان كان في المجلس وفي مدة الخيار لحق بالعقد
وعلى تقدير الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه هذا جواب عما علل به زفر **قوله**
والشافعي رحمهما الله بقولهما لانه يصير ملكه عوض ملكه وهذا لان الزيادة لما التحقت
باصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينيذ ما قالا **قوله** ثم الزيادة لا تصح
بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية اي الزيادة في الثمن لا تصح بعد هلاك المعقود عليه
حقيقة او حكما على ظاهر الرواية وهي رواية الجامع الكبير قال الكرخي رحمه الله والمذكور
في الجامع قولهما وعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه تصح الزيادة بعد الهلاك روى
ذلك عنه ابو يوسف ومحمد جميعا في غير رواية الاصول وقد مر بيان ذلك وقال
في الشامل وفي رواية النوادر يجوز الزيادة بعد الهلاك كالحط **قوله** بخلاف الحط
اي الزيادة في الثمن لا تصح بعد هلاك المبيع والحط يصح بعد هلاكه والفرق ان المبيع لم
يبق على حال يصح اخذ العوض عنه فلهذا لم تصح الزيادة وليس كذلك الحط بعد الهلاك
لانه يمكن اخراج البدل عما يقابله الاسقاط والابرا فصح التحاقه باصل العقد استنادا
لان الهالك هو المبيع لا الثمن فصح الحط عن الثمن ولان الثمن ان كان قايما كان تغييرا
لاصل العقد فصح وان لم يكن قايما كان الحط ابرا عن الدين فصح ايضا **قوله** قال
ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار موجلا اي قال القدوري في مختصره
قال في شرح الطحاوي قال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رضي
الله عنه لانه دين حال فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حق البايع فجاز تصرفه
فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه وهو المشتري تحقيقه ان التاجيل اثبات براة
موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراة المطلقة بالابرا عن الثمن فلان يملك
البراة الموقتة اولى واحرى ثم انما قيد بالاجل المعلوم لانه اذا اجله الى اجل مجهول
فلا يخلو اما ان كانت الجهالة متفاحشة غير مستدركة فلا يجوز التاجيل كما اذا اجله
الى ان تهب الريح او الى ان تمطر السما وان كانت جهالة يسيرة كالتاجيل الى
الحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فتصح مع الجهالة
اليسيرة لانه تاجيل الدين بخلاف البيع الى الحصاد والدياس والجزاز فانه يفسد
البيع لافضايه الى المنازعة وقد بينا ذلك في اواخر البيع الفاسد وهو المراد من
قوله وقد ذكرناه من قبل والجواب عن قيد زفر نقول ان القرض لا يصح تاجيله في
اصل العقد فكذلك لم يلحقه بعد العقد وتاجيل الدين يصح في اصل العقد ولهذا صح
اشتراط الاجل اذا كان معلوما فافترقا **قوله** قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه
صار موجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح اي قال القدوري في مختصره وقوله
لما ذكرنا حشو بين رواية القدوري واشار به الى قوله لان الثمن حقه قال الطحاوي
في مختصره في باب المصراة ومن كان عليه دين من غير قرض فاخره الى اجل
لزمه التاخير وصار كانه كان في اصله موجلا وان كان قرضا لم يجز ذلك وكان
حالا وانما قيد القدوري بتاجيل الدين لان التاجيل في المبيع المعين يفسد العقد
لعدم فايدته وهي الترفيه بالاكتساب لان العين موجودة في الحالين وهذا
المعنى موجود في الدين فصح التاجيل فيها وقد مر ذلك في باب البيع

الفاسد وانما لم يجز التاجيل في القرض لانه عارية فلو صح لزم الجبر فيما هو تبرع فلا يجوز هذا على اعتبار
الابتدا اما على اعتبار الانتها وان كان القرض معاوضة لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين
فلا يصح التاجيل ايضا لانه يلزم حينيذ بيع الدرهم بالدرهم نسية وهو ربوا والمعول هو النكتة الاولى
لا على النكتة الثانية يلزم ان لا يصح القرض اصلا وهو جايز بالاجماع وكانه انتفع بالعين وردها
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وانما لم يجز التاجيل في القرض لان القرض اصطناع
المعروف الا ترى انه لا يصح ممن لا يملك اصطناع المعروف كالعبد والصبي وفي جواز التاجيل
جبر على اصطناع المعروف فلا يجبر عليه ولان القرض يسلك فيه مسلك العارية ولا
يسلك فيه مسلك المبادلة لانه لو سلك فيه مسلك المبادلة لبطل لانه يكون الشي
بجنسه نسا وهذا لا يجوز فيجعل في الحكم كان المستقرض يرد عين ما قبض وان كان في
الحقيقة يرد بدله والاجل في العواري باطل وقد يجوز الاجل في القرض بحال وهو ان
يوصي الرجل بان يقرض من ماله بعد موته فلان الف درهم الى سنة وذلك يخرج من ثلثه
فانه ينفذ من ثلثه وصيته ويقرض من ماله كما امر وليس للورثة ان يطالبوه قبل السنة
واما التاجيل في ثمن البياعات وغيرها من الديون فجايز ثم التاجيل لا يخلوا اما ان يوجله
الى اجل معلوم بالايام او بالشهور واما ان يوجله الى اجل مجهول والجهالة على ضربين
متقاربة كالحصاد والدياس والجذاذ والنيروز والمهرجان والميلاد وما اشبه ذلك
وجهالة متفاوتة كما اذا اجله الى هبوب الريح او الى ان تمطر السما او الى قدوم الحاج او الى
قدوم رجل من سفره اما اذا كان الاجل معلوما صح التاجيل اذا قبل المطلوب الاجل والمال
حال وان اخره الى اجل مجهول جهالة متقاربة صح التاجيل ايضا بخلاف اجل البيع فان البيع
بهذه الاجال فاسدة والتاجيل في الثمن الى هذه الاجال جايز وان كانت الاجال متفاوتة فالاجل
باطل والمال حال الى هنا لفظ شرح الطحاوي قوله لانه وصية بالمتبرع يعني انما لزم التاجيل
في الوصية بالاقراض الى سنة لا باعتبار انه قرض بل باعتبار انه وصية بالتبرع كالوصية بالخدمة
والسكنى فلزم مراعاة لحق الموصي لانه محتاج الى احراز الثواب بنفاذ وصيته انتهى والله اعلم

باب الربوا

ذكر الربوا وهو منهي لقوله تعالى لا تاكلوا الربوا بعدما ذكر
ابواب البيع وهو مامور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لان النهي يتلو الامر لان
الامر طلب الايجاد والنهي طلب الاعدام واعدام الشي تقتضي سابقة وجوده لا محالة قوله
الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس وهذا
لفظ القدوري في مختصره اي حكم الربوا وهو ثبوت الحرمة ثابت او داخل او جار او
مستقر في كل مكيل بيع بجنسه وكل موزون بيع بجنسه اذا وجد علة تحريم التفاضل والعلة
القدر والجنس والقدر الكيل او الوزن وهذا معنى قوله وهو اشمل لان القدر يتناولهما
اعلم ان الربوا نوعان ربوا الفضل وربوا النسا فالاول فضل مال على القدر الشرعي
وهو الكيل او الوزن عند اتحاد الجنس والثاني فضل الحلول على الاجل وفضل العين
على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس او في الجنس غير المكيلين
والموزونين والاصل في جواز البيع وحرمة الربوا قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
والبيع عبارة عن مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي والربوا في اللغة عبارة
عن مطلق الفضل والزيادة وليس ذلك بمراد بالاجماع لان فتح الاسواق في ساير بلاد

المسلمين

المسلمين للاستفضال والاسترباح وانما المراد منه فضل مخصوص وهو فضل مستحق لاحد العاقدين
خال عما يقابله من العوض يدل على ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال قبض رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولم يبين لنا ابواب الربوا وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان لا ربوا في النسية ثم رجع عن ذلك كذا في الايضاح واختلافهم دل على ان مطلق الفضل
ليس بمراد ثم الاصل في باب الربوا ما اخبر محمد بن الحسن في اول كتاب البيوع من
الاصل وقال حدثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد
والفضل ربوا والشعير بالشعير مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا والتمر بالتمر مثل بمثل
يد بيد والفضل ربوا والملح بالملح مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا وروي محمد بن الحسن
ايضا في كتاب الصرف من الاصل باسناده الى عبادة بن الصامت رضي الله عنه
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل
يد بيد والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد
والشعير بالشعير مثل بمثل يد بيد والملح بالملح مثل بمثل يد بيد والتمر بالتمر مثل بمثل
يد بيد وروي ابو داود في السنن باسناده الى عبادة بن الصامت رضي الله
عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة
بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مدي بمدي والشعير بالشعير مدي بمدي
والملح بالملح مدي بمدي فمن زاد او ازداد فقد اربى ولا باس ببيع الذهب
بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسية فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير
اكثرهما يدا بيد واما النسية فلا وروي ابو داود ايضا باسناده الى عبادة بن الصامت
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد وروي الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عبادة بن
الصامت رضي الله عنه ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب
ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سوا بسوا
عينا بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير
بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شيتم وبعض الروايات زاد في هذا الحديث
فمن زاد او ازداد فقد اربى ثم اعلم ان الخبر المروي عن ابي سعيد وعبادة معلول الا
نافي القايسون باجمعهم انه معلول لكنهم اختلفوا في العلة فقال اصحابنا العلة القدر
مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل او موزون قوبل بجنسه حتى اثبتوا هذا الحكم
في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل واثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو
ذلك لوجود الوزن وقال الشافعي رضي الله عنه علة الربوا هي الاكل في الاشيا الاربعة
قال في شرح الطحاوي وغير اصحابه عبارة وقالوا الطعم لان لفظة الطعم اعم من لفظة
الاكل لانه يتناول الماكول والمشروب جميعا ولفظة الاكل لا يتناولهما او من
مذهبه ان الربوا يجري في الماكول والمشروب جميعا وقال علا الدين العالم
في طريقة الخلاف وللشافعي في الذهب والفضة قولان في قول هما غير معللين
وفي قول معللان بعلة الثمنية وعدى هذا الحكم الى كل ما صار ثمنا بالاصطلاح ه

كالدراهم المغشوشة والفلوس الرائجة وقيل بالثمنية المطلقة حتى لا يتعدى الى الفلوس
والغطارفة كذا في المختلف وقال مالك رضي الله عنه والعلة هي الاقتيات والادخار
بشرط المجانسة فكل ما كان مقتاتا مدخرا جرى فيه الربوا وما لا فلا وقال داود بن علي ومن
تابعه من اصحاب الظواهر بان الخبر غير معلول ولا يجري الربوا الا في هذه الاشيا الستة
المذكورة في الخبر ثم عند اصحابنا اذا وجد الوصفان من علة الربوا اعني القدر والجنس
حرم التفاضل والنسا واذا عدما جميعا حل التفاضل والنسا واذا عدم احدهما ووجد
الاخر حل التفاضل وحرم النسا وقد امضينا بيان ضعف قول داود في انكاره القياس
في كتابنا الموسوم بالتبيين فلا نعيده وجه قول مالك رضي الله عنه ان تحريم الربوا
لصيانة مصلحة العامة عن الفوات وذلك فيما يقتات ويدخر ووجه قول
الشافعي رضي الله عنه قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا بسوا بيانه
ان حكم هذا النص الحرمة لاقتضا النهي ذلك والمساواة بالكيل مخلص عن تلك
الحرمة والجنس شرط محض لعمل العلة عملها كالاحصان في باب الزنا فان الاحصان
شرط لا علة لان العلة ما يكون لها تاثير في اثبات الحكم كالزنا هو علة موجبة للحد
لكونه جناية مقتضية للعقوبة وليس الاحصان الذي هو نعمة من الله تعالى على
عباده بعلة لان النعمة لا تقتضي العقوبة الا ان العقوبة تتضاعف عند تكامل الجناية
بتكامل النعمة الا ترى الى قوله تعالى من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها
العذاب وبالاحصان تتكامل النعمة فكان له اثر في اثبات الجناية عقوبة زايدة
فكان شرطا لا علة فكذا فيما نحن فيه ان لا اثر للطعم والثمنية وكونه مكيلا او موزونا
لا اثر له بيانه ان حكم النص لما كان الحرمة وانها تشعر بتضييق الوصول اليه
وذلك دليل العزة والخطر والطعم والثمنية ينبيان عن العزة والخطر لتعلق
العالم بهما فكان الطعم علة في الاشيا الاربعة والثمنية في الذهب والفضة ولنا ما روينا
في حديث ابي سعيد وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما بيانه ان النبي صلى الله عليه
وسلم شرط المماثلة في الحديث بقوله مثلا بمثل والمراد من المثل القدر لانه روي في
بعض الروايات كيلا بكيل ولان المماثلة بين الشيين بالصورة والمعنى لان كل موجود
محدث قايم بصورته ومعناه فالقدر يسوي الصورة لانه عبارة عن امتلا المعيار والجنس
يسوي المعنى فان الجنسية عبارة عن المشاكلة في المعنى فاذا استوى الشيان في القدر
والجنس كانا متساويين في الصورة والمعنى فكانا مثلين ويكون الفضل على ذلك ربوا لان
الفضل انما يتحقق بعد وجود التماثل وسقط اعتبار الفضل في الجودة لقوله عليه السلام
جيدها ورديها سوا ولهذا بالاجماع فان من باع قفيزا جيدا من حنطة بقفيز ردي من حنطة
وزيادة درهما ونحوه بمقابلة الجودة لا يصح بالاجماع ولا اثر للطعم والثمنية في العلية لان
العزة دليل التوسعة لا دليل التضييق فاعتبر ذلك بالما والهوا فجعلهما علة ما لم تكن مناسبا
ولان العلما اجمعوا على ان الكيل والوزن لهما اثر في تعلق الحكم بهما ولهذا قالوا ان جواز
العقد يتوقف على التساوي في الكيل والوزن فان تساوى الشيان كيلا او وزنا جاز
وان زاد احدهما لم يجز فتعليق الحكم بما الحكم به تعلق بالاتفاق اولى من تعليقه بما
اختلفوا فيه والدليل على صحة علتنا ما روى اصحابنا في كتبهم في حديث عبد الله

بن عمر

بن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الدينار بالدينارين
ولا الصاع بالصاعين وليس المراد من الصاع المكيال لان بيع مكيال بمكيالين يجوز بالاجماع بل
المراد ما يحل الصاع ويجاوره مجازا فيتناول كل مكيل سوا كان مطعوما او غير مطعوم والدليل
على فساد علتهم انه يجوز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا مع وجود الطعم ويجوز عندهم بيع
الرطب على راس النخل بالتمر على وجه الارض فيما دون خمسة اوسق وان كان مطعوما
متفاضلا والعجب من الشافعي رحمه الله انه يثبت حكم الربوا في الطين الارمني لانه يجعل
العلة طعما استدلالا بقوله عليه السلام الطعام بالطعام مثلا بمثل وهذا لانه يسمى الطين طعاما
ولا يسمى اكل الاهليلج اكل الطعام ولهذا لا يسمى سوق الصيادلة سوق الطعام ولان ما لم
يوضع لمعرفة المقدار لا يصلح ان يكون علة الربوا كالشم واللون ثم فايدة الخلاف في ربوا
الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين احدهما في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر
كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر
ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مقدر بمقدر غير مطعوم كبيع قفيز
جص بقفيزي جص او من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة
ربوا الفضل وهو الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز
عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده لعدم الثمنية والطعم واجمعوا انه اذا باع قفيزا
بقفيزي ارز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وكذا اجمعوا
انه اذا باع منا من زعفران بمنوي زعفران او من سكر بمنوي سكر لا يجوز لوجود الجنس
والوزن عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وفايدة الخلاف بيننا وبين الشافعي فانه
اذا باع قفيز حنطة بقفيز شعير نسيئة موجلا او دينا موصوفا في الذمة غير موجل
لا يجوز بالاجماع لوجود علة الربوا النسا وهي احد وصفي علة الفضل وهو الكيل عندنا
والطعم عنده واذا باع قفيز جص بقفيزي جص او نورة موجلا بان السلم او غير موجل
بان باع دينا في الذمة لا يجوز عندنا لوجود الكيل وعنده يجوز لعدم الطعم ولو اسلم منا
حديد في منوي رصاص لا يجوز عندنا لوجود الوزن المتفق لكونهما مثمنين وعنده يجوز
لعدم الطعم والثمنية ولو باع منا من سكر بمن زعفران دينا لا يجوز بالاجماع لوجود احد وصفي
علة ربوا الفضل وهو الوزن المتفق عندنا لانهما مثمنان ولوجود الطعم عنده ولو اسلم
دراهم في زعفران او في قطن او حديد فانه يجوز بالاجماع اما عندنا فلانه لم يوجد
الوزن المتفق فان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد والزعفران بالقبان
ولو اسلم نقرة ذهب في نقرة فضة لا يجوز بالاجماع لوجود الوزن المتفق عندنا فانهما
يوزنان بالمثاقيل وعنده لوجود الثمنية ولو اسلم الحنطة في الزيت جاز عندنا لان احدهما
مكيل والاخر موزون فكانا مختلفين قدرا وعلى قوله لا يجوز لوجود الطعم كذا في التحفة
قوله والجنسية شرط اي شرط لعمل العلة عملها لان العلة وهو الطعم او الثمنية لا يعمل
عملها الا عند وجود الجنسية قوله والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده اي
عند الشافعي رحمه الله وكان حق الكلام ان يقال والاصل هو الحرمة عنده والمساواة
مخلص اي عن الحرمة والحرف الذي يدور عليه المسالة هو ان حرمة العقد في
الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها اصل عند الشافعي والجواز يتعلق بشرطين المساواة

في المعيار والبيد باليد وعندنا جواز العقد فيهما اصل كما في ساير الاموال والفساد باعتبار فضل
هو حرام وهو الفضل في المعيار وذلك لا يتحقق الا فيما يتحقق فيه المساواة في المعيار اذ
الفضل يكون بعد تلك المساواة ولا تتحقق هذه المساواة فيما لا يدخل تحت المعيار اصلا
كذا ذكر شمس الايمة السرخسي في اصول فقهه في فصل الممانعة **قوله** لانه نص على
شرطين التقابض والمماثلة وهنا دليل قوله وعند الشافعي الطعم في المطعوم
والثمنية في الاثمان اي نص النبي صلى الله عليه وسلم في قوله يد بيد على التقابض والمماثلة
وانما جعلهما شرطا لان قوله يدا بيد مثلا بمثل حال اي متقابضا يدا بيد ومماثلا بمماثل
اخر والاحوال شروط الا ترى ان الركوب يجعل شرطا كالدخول في قوله ان دخلت
الدار راكبة فانت طالق والعامل في الحال الفعل المضمر الذي اقتضاه الحال هذا على
رواية النصب واما على رواية الرفع فهما شرطان ايضا لان الشارع قيد بالتقابض
والتماثل فلو لم يجعل شرطا لم يكن لذكرهما فايدة **قوله** وكل ذلك اي كل واحد من التقابض
والمماثلة يشعر بالعزة والخطر اي عند الشارع **قوله** ولا اثر للجنسية في ذلك اي
في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا اي جعلنا الجنس شرطا والحكم قد يدور مع الشرط
خلاصة كلامه ان العلة انما تعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر بخلاف الجنس لكن العلة
لا تعمل الا بعد وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا عليه
قوله تحقيقا لمعنى البيع يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم شرط المماثلة في البيع لاحد
امور ثلثة اما تحقيقا لمعنى البيع لان البيع ينبي على التقابل في البدلين والتقابل بينهما
لا يكون الا بالمماثلة واما صيانة لاموال الناس عن التوى والتلف لان احد البدلين
اذا كان انقص من الاخر يكون الزايد خاليا عن العوض وفيه تلف الزايد فاشترطت
المماثلة حتى تصان اموال الناس واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل
ربوا اي الفضل على المماثلين ربوا يعني ان الذي نطق به القران بقوله وحرم الربوا
المراد منه هذا الفضل واما تتميما للفايدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان الذهب
بالذهب والفضة لا يتعينان الا بالتسليم وان كان البدلان متماثلين وزنا ثم اذا اتصل
التسليم به اي بالتماثل يعني ان الذهب بالذهب والفضة لا يتعينان الا بالتسليم وان
كان البدلان متماثلين وزنا ثم اذا اتصل التسليم بالتماثل بان وجد التسليم بعد وجود التماثل
صار ذلك تتميما لفايدة العقد لانهما بحصول التعين بالتسليم صارا متماثلين في الوزن
والتعين جميعا فاذا فات التماثل صورة ومعنى في القدر والجنس لزم حرمة الربوا **قوله**
ولا يعتبر الوصف وكانه ذكر هذا جوابا لسوال مقدر بان يقال اذا كانت المماثلة شرطا على ما قلتم
فكيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في احد البدلين دون الاخر فقال في جوابه
لا يعتبر الوصف لانه ليس يتفاوت في العرف او لانه لو اعتبر لانسد باب البيع وهو مفتوح
لان الحنطة لا يكون مثلا لحنطة اخرى من كل وجه ولقوله عليه السلام جيدها ورديها
سوا **قوله** اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه يدا بيد مثلا بمثل جاز البيع
اي اذا ثبت ما قلنا من ان المماثلة بين الشيين باعتبار الصورة والمعنى وذلك بالقدر
والجنس نقول اذا بيع المقدر بجنسه مثلا بمثل جاز لحصول المماثلة في المعيار ونقول
ايضا بيع الحفنة بالحفنتين جايز لان الحرام هو الفضل على المعيار ولم يوجد وعند الشافعي

لا يجوز بيع

لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم المخلص وهو المساواة قال في شرح الطحاوي
ولو باع بطيخة ببطيختين او تفاحة بتفاحتين او بيضة ببيضتين او جوزة بجوزتين او حفنة
من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل وعنده لا يجوز لوجود الطعم وكذلك اذا باع حفنة
بحفنتين او حبة بحبة او تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز كذا في شرح الطحاوي
قوله ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف هذا ايضاح لقوله لان المساواة بالمعيار
ولم يوجد يعني ان الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو كان داخلا تحت
المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في ساير المكيلات والموزونات ولكنه مضمون
بالقيمة فدل انه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي ان يكون في العددي المتفاوت لا في
المتقارب الا ترى ان فخر الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم ان الجوزة مثل
الجوزة في ضمان العدوان وكذلك ساير هذه الجملة يعني ان التمرة مثل للتمرة والبيضة
مثل للبيضة ولم يجعل كذلك في حكم الربوا لان الجوز ليس بمثل الجوز لعدم دليل المماثلة
ولقيام التفاوت الا ان الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو
ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا **قوله** وما
دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة حتى اذا باع خمس حفنات من الحنطة بست
حفنات منها جاز عندنا اذا لم يبلغ نصف الصاع لانه لم يرد التقدير الشرعي بما دون
نصف صاع وجا التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى
ادنى ما يكون مال الربوا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع وقال ايضا فيه
ذكر المعلى بن منصور عن محمد رحمه الله انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شي حرم في الكثير
فالقليل منه حرام والحفنة ملا الكف **قوله** ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا ذكره بسبيل التفريع كما ذكر بيع الحفنة بالحفنتين
ايضا كذلك وفيه لف ونشر اعني ان الجص يرجع الى المكيل والحديد الى الموزون
اي لو تبايعا مكيلا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كبيع الجص بالجص او موزونا غير مطعوم
بجنسه كبيع الحديد بالحديد متفاضلا لم يجز عندنا لوجود علة الربوا وهو القدر والجنس
وعند الشافعي يجوز لعدم العلة وهو الطعم والثمنية عنده **قوله** قال واذا عدم الوصفان
الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسا اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه واذا وجدا حرم التفاضل والنسا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل
والنسا لان الاصل في البيع الحل لقوله عليه السلام تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
وانما الحرمة لعارض حرمة الربوا وهي القدر والجنس فاذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا
بالحل الاصلي وهذا كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل
بان يباع اثنان بواحد كالثوب الهروي بالمروي والجوز بالبيض والحيوان بالثياب
ويجوز نسيئة ايضا واذا وجد الوصفان حرم التفاضل والنسا جميعا لان العلة وجدت
وجدت بتمام اجزايها وهذا كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير نظيرا لعدام القدر ونحو
ذلك واما وجد احد الوصفين وعدم الاخر اما القدر او الجنس حل التفاضل وحرم النسا
نظير انعدام القدر الثوب الهروي يجوز التفاضل بان يباع واحد باثنين ولا يجوز
ان يباع بالنسية ونظير انعدام الجنس الحنطة بالشعير يجوز التفاضل ولا يجوز النسية

النسا
كما اذا اسلم احدهما في الاخر والحاصل ان حرمة الربوا الفضل بوجود الوصفين جميعا وحرمة
باحد الوصفين وعند الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا مالم يوجد الطعم وعنده الطعم
بانفراده يحرم النسا بيانه فيما قال في شرح الطحاوي انه اذا باع ثوبا هرويا بهروي
او مرويا بمروي نسيئة لا يجوز عندنا ويجوز عنده وكذلك لو باع حيوانا بحيوان فهو على
هذا الاختلاف واجمعوا ان التفاضل يحل وكذلك اسلام المكيلات والموزونات في الموزونات
نحو الحديد والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم في المطعوم نسيئة كالحنطة
في الشعير حيث لا يجوز نسيئة وجوابه ان التقابض في بيع الطعام شرط عنده ولم يوجد
التقابض فيفسد العقد لهذا لا لكونه نسا قال صاحب الايضاح وهذا خلاف لاجماع الصحابة
فانهم اتفقوا على حرمة النسا وجه قول الشافعي في ان الجنس بانفراده لا يحرم النسا
ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني
ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل ولان حقيقة الفضل لا تحرم بالاجماع ولهذا يجوز
بيع الواحد بالاثنين كالهروي بالهرويين والمروي بالمرويين فلان لا يحرم شبهة
الفضل وهي فضل الحلول على النسيئة اولى واحرى ولنا ما روى ابو داود في السنن
قال حدثنا موسى بن اسماعيل قال حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولان الجنس احد وصفي علة
الربوا فيعتبر في تحريم النسا كالوصف الاخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق
لان الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فاذا وجدت علة الربوا حقيقة بوجود وصفي العلة
ثبت شبهة الربوا والاحتراز عن شبهة الربوا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربوا لان
الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة لحقيقة ان احد وصفي علة الربوا من القدر
او الجنس اذا وجد كان ذلك مال الربوا من وجه لحصول النسا وفي بينهما من وجه
لان الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه والجواب عن الحديث قيل انه كان في دار
الحرب وقد اخذه عبد الله من اهل الحرب ولا ربوا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم
الربوا والقياس على تحريم التفاضل فاسد لان تحريم التفاضل ثبت بالوصفين ولم
يوجدا وتحريم النسا ثبت باحد الوصفين وقد وجد والدليل على فساد قياسه ان تحريم
التفاضل لا يثبت بين الحنطة والشعير بالاتفاق وتحريم النسا ثبت بينهما بالاتفاق
قالوا في عينان ليس في نفس كل واحد منهما الربوا فلا يجري حرمة النسا ايضا كالمروي
بالهروي قلنا القياس فاسد لان المروي والهروي نوعان مختلفان بخلاف الهروي
بالهروي والمروي بالمروي ويبطل قياسهم ايضا بالحنطة والشعير فانه لا يجوز اسلام احدهما
في الاخر مع وجود العلة فان قالوا المروي والهروي نوع واحد لان اسم الثوب يشملهما
فجوابه انه يبطل بالحيوان فان اسم الحيوان يشمل البعير والبقر والحمار ومع هذا ليست
نوعا واحدا فان قلت لو كان وصفي الربوا يثبت به حرمة لم يصح اسلام النقود كالدراهم
والدنانير في الزعفران ونحوه من ساير الموزونات كالقطن والحديد والرصاص
والنحاس وغيرها وذلك جائز بالاجماع نقدا انتقض اصلكم اذن قلت الوزن لا يتفق
في النقود والزعفران وان جمعهما اسم الوزن بيانه ان الوزن في النقود بالصنجات
والمثاقيل وفي الزعفران وامثاله بالامنا والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهم صورة

والنقود

والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى
والتصرف في النقود قبل الوزن جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشترى دنانير
او دراهم موازنة وقبض كان له ان يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه
يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة ثم باع موازنة وهذا اختلاف بينهما حكما فاذا
وجد الوزن من كل وجه يحرم النسا لوجود احد وصفي علة الربوا لانه حصل شبهة الربوا
واذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة
والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة والمروي بسكون الراء منسوب الى بلد بالعراق
وليس المراد به مرو خراسان قال في الايضاح قبيل باب السلم المروي الذي ينسج
ببغداد جنس غير الذي ينسج بخراسان وقال المطرزي مرو الروذ ومرو الشاهجان وهما
بخراسان وعن خواهر زاده الثياب المروية بسكون الراء منسوبة الى بلد بالعراق على شط
الفرات كذا في المغرب **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الى الجنس واراد بالمعنى المضموم
القدر اعني الكيل والوزن والنسا بالمد لا غير التاخير **قوله** لعدم العلة المحرمة معناه
ان علة حرمة الربا القدر والجنس فلما انعدمت لم تثبت الحرمة وحل التفاضل والنسا
لان الحل هو الاصل بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا **قوله** فالشبهة اولى اي بان لا
يكون مانعة **قوله** نظرا الى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير **قوله** او الى الجنس نظرا الى
الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي **قوله** الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه
يجوز استثنا من قوله وحرم النسا في قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا
في قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا وانما جاز اسلام النقود في
الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لعدم الاتفاق في الوزن وقد مر تحقيقه انفا **قوله** بالصنجات
هي بالتحريك جمع صنجة بالتسكين وهي معربة وعن ابن السكيت لا تقال بالسين وقال
الفرا السين افصح وانكره القتبي اصلا كذا ذكره المطرزي **قوله** ولو باع بالنقود موازنة
اي باع الزعفران بالنقود وفي بعض النسخ ولو باع النقود موازنة بالاحرف الباقي والنقود
وتلك النسخة هي الاصح بيانه مر انفا **قوله** فاذا اختلفا فيه اي في الوزن **قوله** فتنزل
الشبهة فيه اي الشبهة الواقعة فيه في الوزن الى شبهة الشبهة لان اتفاق الوزن وجد
من وجه دون وجه والبيان مر انفا **قوله** قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه
وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان ما كان مكيلا او موزونا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتغير ابدا
عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلا في عهده مكيلا ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت
الى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزنا لا كيلا لم يجز وكذلك
الشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح وما كان موزونا في عهده يعتبر موزونا ابدا ولا يلتفت
الى التساوي في الكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا
لم يجز وكذلك الفضة بالفضة وذلك لان طاعة النبي صلى الله عليه وسلم واجبة علينا
ولان النص اقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه السلام ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن قال القدوري مالم ينص فهو محمول على عادات الناس
وهذا لما روينا من الحديث قال في وجيزهم مالم يثبت فيه نقل فالوزن احصر

وقيل الكيل جايز لانه اعم وقيل ينظر الي عادة الوقت الي هنا لفظ الوجيز وروي عن
ابي يوسف رحمه الله ان العرف يعتبر علي خلاف المنصوص ووجهه ان النص انما ورد بالكيل
والوزن لجريان العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك فاذا انبدلت العادة
يوخذ بها وتترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع
الحنطة بالحنطة مع التساوي في الوزن دون الكيل لم تجز عندهما خلافا له وكذلك لو باع
الذهب بالذهب مع التساوي في الكيل دون الوزن لم تجز عندهما خلافا له وان كان
العرف يجري بوزن الحنطة وكيل الذهب **قوله** الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها
وزنا لوجود الاسلام في معلوم استثنا من قوله لا يجوز عندهما يعني ان شرط جواز السلم الاسلام
في معلوم بالحديث وقد وجد مجاز قال الطحاوي في مختصره ولا باس بالسلم في
المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا لفظه رحمه الله **قوله** قال وكل ما ينسب الي
الرطل فهو وزني مثل الامنا اي مثل ما ينسب الي الامنا قال فخر الدين قاضي خان
تفسيره ان ما يباع بالاواقي فهو وزني لان الاواقي قدرت بطريق الوزن فصار وزنيا
اما ساير المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا وفايدة هذا ان ما يباع بالارطال
اذا بيع كيلا بكيل غير الاواقي سوا بسوا لا يجوز لانه باع الموزون بالموزون بالكيل الذي لم يقدر
بالوزن فيكون بيع الموزون بالموزون مجازفة فيبطل قال ابو عبيد في كتاب غريب
الحديث في حديث النبي صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل
مكة والذي يعرف به اصل الكيل والوزن ان كل ما لزمه اسم المختوم والقفيز والمكوك والمد
والصاع فهو كيل وكل ما لزمه اسم الارطال والاواقي فهو وزن وقال في كناش يوحنا بن
سرافيون الرطل اثني عشر اوقية وقال ايضا الرطل عشرون استارا والاستار ستة
دراهم ودانقان واربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل ان الاوقية اربعون درهما نظر وقال
في تهذيب الديوان الاوقية وزن سبعة مثاقيل وقال في تكملة الحساب المثقال
وزن درهم وثلثة اسباع درهم بوزن مكة **قوله** بخلاف ساير المكاييل يعني ان
التقدير فيما يكال لم يقدر بالوزن بل ثبت اصطلاحا واجماعا بلا وزن **قوله** واذا
كان موزونا يعني اذا ثبت ان ما ينسب الي الرطل وزني فاذا بيع بمكيال لا يعرف
وزنه بكيل مثله سوا بسوا لم يجز لتوهم الفضل فصار كالمجازفة **قوله** قال وعقد الصرف
ما وقع علي جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان عقد الصرف يشتمل علي عقود ثلثة بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة
او احدهما بالاخر وله شروط ثلثة احدها وجود التقابض من الجانبين قبل التفرق
بالابدان شرط لصحة الصرف سوا كان المعقود عليهما عينين مما يتعينان للعقد
كتبر الذهب والفضة او تبرهما ومصوغهما او دينين مما لا يتعينان للعقد
كتبر الذهب والفضة او تبرهما ومصوغهما او كالدراهم المضروبة والدنانير
المضروبة او احدهما عين والاخر دين ووجود التقابض في مجلس العقد ليس
بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل تفرق الابدان شرط حتى لو تعاقدا
ولم يتقابضا ومشيا ميلا او اكثر ولم يفارق احدهما صاحبه ثم تقابضا وافترقا
جاز الصرف وكذلك الحكم في تسليم راس المال والثاني ان يكون عقد الصرف

باتا ليس فيه خيار الشرط ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض
من الجانبين جميعا ينقلب العقد الي الجواز ويتم عقد الصرف عند علمائنا الثلاثة وعند زفر
لا يجوز وكذلك عقد السلم وجب ان يكون باتا لا خيار فيه ولو ابطل صاحب الخيار خياره
قبل التفرق فهو علي الاختلاف والشرط الثالث ان لا يكون بدل الصرف موجلا ويكون
حالا فان ابطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين
انقلب العقد الي الجواز عندنا قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي يحتاج الي
شرط رابع لصحة عقد الصرف اذا كان المعقود عليهما من جنس واحد وهو التساوي
في الوزن كما اذا تبايعا ذهبا بذهب او فضة بفضة والباقي يعرف في شرح الطحاوي
في اول باب الربوا وعلل صاحب الهداية رحمه الله علي اشتراط التقابض بقول
النبي صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ها وها يدا بيد وحدث محمد بن الحسن
في الاصل عن ابي صالح عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال اشهد اني سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة ها وها
فمن زاد فقد اربى وحدث ايضا محمد في اول كتاب الصرف عن كليب بن وايل
قال سالت عبد الله بن عمر عن الصرف فقال من هذه الي هذه وان استنظرك
الي خلف هذه السارية فلا تفعل يعني من هذه الي هذه من يدك الي يده وحديث
ابن عمر رضي الله عنه ادل علي المراد لان اصحابنا يحملون اليد باليد علي التعيين لا علي
القبض باليد لانه جا في حديث عمر في السنن والجامع في الترمذي قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا ها وها والبر بالبر ربا الا ها وها
والتمر بالتمر ربا الا ها وها والشعير بالشعير ربا الا ها وها وانما حملوا علي التعيين لانه
لما جا ذكر اليد باليد في جنس الاثمان جا في غير ذلك وليس القبض باليد في غير ذلك
شرطا بل التعيين هو الشرط بدليل ما روي عن عبادة عينا بعين وسنبينه بعد هذا
ان شا الله تعالى الا ان التقابض في الصرف اشترط لان التعيين لا يتحقق الا بالقبض
لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا واشتراط التقابض بحديث
ابن عمر وقد مر انفا قال المطرزي ها يوزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاوم
اقروا كتابيه اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه ها فيتقابضان والقصر
خطا **قوله** قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض اي
قال القدوري في مختصره يعني ان ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربوا كالمكيلات
والموزونات غير الذهب والفضة يعتبر فيه التعيين ولا يشترط التقابض قبل التفرق
بالابدان وعند الشافعي التقابض في المجلس شرط في بيع المطعوم بالمطعوم له قوله
عليه السلام والحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد وقد مر ذكر الحديث بتمامه في اول
الباب وقال عليه السلام اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شيتم اذا كان
يدا بيد ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول لا يتوقف علي التقابض في المجلس وكذا لا
يتوقف والمصلحة المطلوبة من البيع وهي التمكن من الانتفاع علي التقابض فاذا
كان كذلك لم يتوقف صحة البيع علي التقابض قياسا علي بيع الشاة بالشاة والعبد
بالعبد والثوب بالثوب ولهذا صح البيع بدون القبض في غير المطعوم بالاجماع

والتمكن من الانتفاع يحصل بالتعيين لانه يتمكن بواسطة القبض ويجوز ان ينتفع الانسان
بملكه بغير واسطة كالمال الموضوع في الصندوق او عند المودع او نقول عينان ليسا
من جنس الاثمان فلا يشترط في المجلس التقابض كالحديد بالحديد يدا ونقول عقد لا يسمى
صرفا فلا يكون التقابض في المجلس شرطا كالجص بالجص ومعنى قوله عليه السلام
يدا بيد عينا بعين بدليل ما روى الطحاوي مسندا الى عبادة بن الصامت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق
بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء
عينا بعين فعلم ان المراد من اليد باليد التعين الا ان التعيين في الصرف لا
يتحقق قبل القبض لما مر آنفا فلاجل هذا اشترط التقابض والتعاقب في القبض
ليس بشي لان هذا القدر معفو لانه لا يعد تفاوتا في العرف فلا معنى اذن لقوله
اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية وليس كذلك اذا كان احدهما
نقدا والاخر مؤجلا لان للحلول فضلا على النسيئة عرفا فلم يجز فان قالوا عينان يجري
فيهما الربوا بعلة واحدة فوجب ان يشترط فيهما التقابض في المجلس كالدراهم
والدنانير قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان الاصل عقد صرف وهو عبارة عن
صرف كل واحد من المتعاقدين ما في يده الى يد صاحبه فاقتضى العقد التقابض
في المجلس وهذا المعنى لم يوجد في الفرع فان قالوا كون الشي مطعوما يشعر
بكونه عزيز التعلق مصلحة البقا به وكونه عزيزا يشعر بتضييق الوصول
اليه لان ما هنا ضاق طريق الوصول اليه يعز في اعين الناس وفي اشتراط القبض
في المجلس تضييق طريق الوصول اليه فكان اشتراط القبض مناسبا له ولهذا
المعنى شرط القبض في المجلس في الذهب والفضة كذا هنا بل اولى لان تعلق
البقا في المطعوم بغير واسطة وفي الذهب والفضة بواسطة فكان اكثر
خطرا وعزة من الذهب والفضة فاشتراط القبض عنه يكون اشتراطا بالطريق
الاولى قلنا لا نسلم بل الامر على العكس اولى لان كونه مطعوما يشعر بتعلق البقاء
به وتعلق البقا به يقتضي توسع طريق الوصول اليه تمكينا له من الجري على
موجب التكليف واستيفا المصالح بابلغ الوجوه ثم بهذا ان اشتراط التقابض
في الذهب والفضة ليس لهذا المعنى بل للتعيين والله اعلم قوله ويترتب ذلك
اي التمكن من التصرف قوله لان القبض فيه ليتعين به اي لان اشتراط القبض
في الصرف ليتعين الذهب والفضة بالقبض وانما اشترط التعين لان ما كان مجهولا
لا يمكن الانتفاع به انتهى قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال جواب
عن قوله اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض قوله قال ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين وانما كرر هذه المسئلة لانها من
مسائل الجامع الصغير وقد علم حكمها قبل ذلك وكان القياس ان يذكرها عند قوله
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين وصورتها في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في بيع بيضة ببيضتين او جوزة بجوزتين
او فلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وقال محمد رحمه الله لا يجوز بيع فلس

بفلسين

بفلسين واصل ذلك ان ربوا الفضل لا يثبت الا بالقدر والجنس ولم يوجد القدر وهو الكيل
او الوزن فحل التفاضل لان الكثير من التمر والجوز يكال لا القليل فان كان احدهما نسيئة لا يجوز
لان الجنس بانفراده يحرم النسا واما بيع الفلس بالفلسين فعلى وجوه اما ان كان دينين
او عينين او احدهما دينا فان كان احدهما دينا لا يجوز لان الجنس يحرم النسا وكذلك اذا
كانا دينين لهذا المعنى ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وان كان
كل واحد منهما عينا جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال محمد والشافعي رضي
الله عنهما لا يجوز قالوا هذا بنا على ان الفلوس هل تتعين بالتعيين ام لا فعندهما تتعين
بالتعيين حتى لو هلك ينتقض العقد ولو اراد ان يعطي غيره لا يجوز وقال محمد لا تتعين
وجه قول محمد ان الثمنية في الفلوس تثبت باصطلاح الناس جميعا فلا تنتقض ذلك
باصطلاح المتعاقدين لانه نسخ للاجماع بالاحاد فلا يجوز واذا بقيت ثمنا لم تتعين
بالتعيين الا ترى انه اذا قوبل بغير جنسه لم يتعين كما اذا اشترى فاكهة بفلوس
فكذا اذا قوبل بجنسه فصار كبيع الدرهم بالدرهمين فلم يحل التفاضل وكما اذا كانا غير
معينين ووجه قولهما ان الاصل في الفلس ان يكون مثمنا لانه نحاس وانما
تثبت الثمنية في حق المتعاقدين باعتبار انهما اصطلحا كذلك لا باعتبار اصطلاح
الناس لانه لا ولاية لغيرهما عليهما فاذا اثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان
لهما ان ينقضا ذلك الاصطلاح اخر فعاد مثمنا كما كان فتعين بالتعيين ولا يعود
وزنيا تصحيحا لتصرف العاقدين لانهما قصدا صحة العقد لا فساده ولا صحة للعقد
الا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فاذا عاد مثمنا جاز بيع الواحد بالاثنين لان
العددي اذا لم يكن ثمنا جاز بيعه كذلك كالثوب بالثوبين والبيضة بالبيضتين
بخلاف ما اذا كانا غير معينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لانه كالي بكالي وهو
حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذا اذا كان احدهما غير عين لان الجنس يحرم النسا
وليس كذلك بيع الدرهم بالدرهمين او الدينار بالدينارين حيث لا يجوز بالاتفاق
لان الثمنية ثبتت فيهما بخلق الله تعالى النقود كذلك فليس للعاقدين ولاية
لنقض الثمنية قوله لانه كالي بكالي وقد نهي عنه روى ابو عبيد في كتاب غريب
الحديث عن زيد الحباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن
عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الكالي بالكالي قال
ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق رحمه الله كلأ الدين
كلو فهو كالي اذا تاخر قال وعينه كالكالي الضمار ومنه كلأ الله بك اي اكلأ العمر
اي اطوله واشده تاخرا وانشد ابن الاعرابي * تعففت عنها في العصور التي
خلت * فكيف التصابي بعد ما كلأ العمر * وكلانه انسانه وكلات في الطعام
اسلفت وتكلات كلاة اي انتسات نسية وهو ان يكون لك على رجل دين
فاذا حل اجله استباعك ما عليه الى اجل قوله قال ولا يجوز بيع الحنطة بالسويق
ولا بالدقيق اي قال القدوري في مختصره اي لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة
بدقيق الحنطة ولا بسويقها لان المعيار في هذه الاشيا كيل اما الحنطة فالكيل فيها
ثابت بالنص والدقيق والسويق كيلي بعرف الناس والتساوي بين الحنطة

ودقيقها وسويقها لا يعرف لاجتماع الاجزا في الحنطة د ونهما فلم يعتبر الكيل لعدم التساوي والاكتناز اجتماع انتهى قوله ويجوز بيع الدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري قال في الشامل في قسم المبسوط والدقيق بالدقيق والمقلي بالمقلي في رواية يجوز متساويا والمقلي بغير المقلي لا يجوز لانعدام التساوي بينهما بناء على ما نعلم وقيل قوله متساويا كيلا حالان متداخلتان والاصح عندي ان كيلا تمييز اي متساويا من حيث الكيل قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل البخاري يجوز بيع الدقيق بالدقيق كيلا اذا كانا مكبوسين وقال في خلاصة الفتاوي سواكان احدهما اخشن او ادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وقال في شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كان على صفة واحدة من النعومة قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا ذكر هذا ايضا تفريعا وعندهما يجوز تساويا وتفاضلا بعد ان يكون يدا بيد كذا في خلاصة الفتاوي والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها وقال القدوري في كتاب التقريب وقد روي ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه قال لا يجوز بيع الدقيق بالسويق الا مثلا بمثل وهذا محمول على تساويهما في النعومة الى هنا لفظ القدوري رحمه الله ووجه قولهما ان دقيق الحنطة وسويقها جنسان مختلفان لاختلافهما في الاسم والهيئة والمعنى فاذا اختلفا جاز بيع احدهما بالاخر كيف كان لقوله عليه السلام اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فصار كدقيق الحنطة والشعير ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان شبهة المجانسة باقية في الحال لانهما جميعا من اجزا الحنطة فكان بيع مكيل بجنسه من وجه ولا يعرف التساوي بينهما فلم يجز بيع احدهما بالاخر كبيع الحنطة المقلية بالحنطة بغير المقلية قال صاحب المختلف وعلى هذا الخلاف بيع خبز الحنطة بالحنطة والمعنى ما بينا وجملة هذه المسايل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلثة اوجه في وجه يجوز البيع اذا تساويا في الكيل وفي وجه لا يجوز البيع تساويا في الكيل او تفاضلا وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي يجوز البيع اذا تساويا في الكيل وهو انهما اذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان او حديثتان او احدهما عتيقة والاخر حديثه وكذلك اذا تبايعا حنطة مقلية بمقلية او دقيق حنطة بدقيق حنطة او سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فانه يجوز وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا وكذلك اذا تبايعا تمرا بتمر كلاهما عتيق او كلاهما حديث او احدهما حديث والاخر عتيق وتساويا في الكيل فانه يجوز بالاجماع وكذلك اذا تبايعا عنبا بعنب او زبيبا بزبيب وكذلك حكم كل ما اشبه ذلك من المكيلات اذا بيع بجنسه واما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل او تفاضلا فهو ايضا انهما اذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية او باع الحنطة بدقيق الحنطة او الحنطة بسويق الحنطة او تمرا مطبوخا بتمر غير مطبوخ او حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا وتفاضلا ولو باع الحنطة بالخبز او باع الدقيق بالخبز جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز يدا بيد ولا نسيئة وروي عن ابي يوسف انه قال لا باس بان يسلم الخبز بالحنطة نسيئة واما استقراض الخبز روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال لا يجوز وزنا ولا عددا وروي عن ابي يوسف انه قال يجوز وزنا ولا يجوز عددا وروي عن محمد انه يجوز وزنا وعددا وقال محمد

ثلث

ثلث من الدباغة استقراض الخبز وزنا والجلوس في دكان الحجام والنظر في عوراته واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو انهما اذا تبايعا تمرا برطب او رطبا ببسر او عنبا بزبيب وتساويا في الكيل يجوز في قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويا وتفاضلا وبيع الكفرى بالبسر والرطب او بالتمر يجوز كيف ما كان بالاجماع لان الكفرى عددي وهو وعا الطلع وبيع الرطب بالرطب جايز عندنا وعند الشافعي لا يجوز ولو تبايعا دقيق حنطة بسويق حنطة لا يجوز في قول ابي حنيفة تساويا وتفاضلا وعندهما يجوز لان الجنس قد اختلف وحد خلاف الجنس ان لا يعود كل واحد منهما الى حال صاحبه وههنا لا يعود السويق دقيقا ولا الدقيق سويقا فصار كالحنطة والشعير فلو تبايعا حنطة مبلولة بحنطة يابسة او حنطة ندية جافة يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا تساويا في الكيل وقال محمد لا يجوز فابو حنيفة مر على اصله لان من اصله ان يعتبر التساوي في الحال ولا يعتبر النقصان الواقع في المال كما قال في بيع الرطب بالتمر ومحمد مر ايضا على اصله لانه يجعل النقصان الواقع في المال معتبرا في الحال كما قال في الرطب بالتمر وابو يوسف فرق بينهما وقال في الرطب بالتمر لا يجوز وفي المبلولة بغير المبلولة يجوز لان القياس يوجب ان يجوز بيع الرطب بالتمر اذا تساويا في الكيل كما قال ابو حنيفة لان الرطب تمر الا ان الشرع ورد بخلاف القياس فاوجب بطلانه وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سيل عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف قال نعم قال فلا اذن والمعدول عن القياس لا يقاس عليه غيره وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا تبايعا زبيبا منقعا بغير منقع او تمرا منقعا بغير منقع ولو تبايعا حنطة مبلولة بمبلولة او ندية بندية او زبيبا منقعا بمنقع او تمرا منقعا بمنقع فعلى هذا الاختلاف عند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز اذا تساويا في الكيل وعند محمد لا يجوز قال ابو حنيفة وابو يوسف مرا على اصلهما كما قالا في بيع الرطب بالرطب وفرق محمد بين هذا وبين الرطب بالرطب وقال بان في الرطب بالرطب تساويا في الحال وانما النقصان بعد ما يصيران تمرا فما دام رطبا فالتساوي قايم وهما شرعا في بيع الرطب بالرطب وهاهنا يقع النقصان في الحال واسم الحنطة قايم فاذن قد باع حنطة بحنطة لا يدري تساويهما فلا يجوز كذا في شرح الطحاوي قوله كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة يعني لا يجوز يقال حنطة مقلية من قلى يقلي ومقلوة من قلا يقلو فهما اذن لغتان ذكرهما اهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عد من طعن على اصحابنا في استعمالهم بالياء مخطيا والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين الممضغة والحنطة المسوسة اي المدودة يقال سوس الطعام اذا دود من السوس وهو الدود قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر وهذه من مسايل القدوري قال الشافعي رضي الله عنه بيع اللحم بالحيوان من جنسه لا يجوز قولا واحدا وان باعه بلحم من غير جنسه ففيه قولان كذا في شرح الاقطع وجه قول محمد رحمه الله انه باع الموزون وبغير الموزون فلا يجوز الا على طريق الاعتبار بان يكون اللحم الخالص اكثر من اللحم الذي في الشاة كما في بيع الزيت بالزيتون ودهن الجوز بالجوز وكيلا يلزم الربوا وهو حرام بيانه ان اللحم الصافي اذا لم يكن اكثر من اللحم

الذي في الشاة لا يخلو اما ان يكون مثله او اقل منه فان كان مثله يكون اللحم باللحم والسقط ربوا وان
كان اقل يكون فضل اللحم والسقط ربوا وجه قولهما انه باع الموزون وهو اللحم بما ليس
بموزون وهو الشاة فصح كبيع السيف بالحديد وهذا لان المقتضي لصحة البيع موجود
والمانع منتف وهو الربوا لان شرط تحقق الربوا الجنس والمعيار الشرعي ولم يوجد
المعيار فعمل الدليل المقتضي عمله لعدم المانع وانما قلنا لم يوجد المعيار لان ما في الشاة من
اللحم لا يوزن لان الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار نقله بالوزن وهذا لا يتحقق
في لحم الشاة الحية لان الحيوان يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى باختصاصه لضرب
قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف الزيت بالزيتون ونحوه
فانه موزون في الحال ويعرف قدر الزيت اذا ميز الثقل ووزن ثم الخلاف بين
علمائنا فيما اذا اشترى حيوانا بلحم من جنسه اما اذا كان بلحم من خلاف جنسه
جاز كيف ما كان بعد ان يكون عينا بعين عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز
بيع اللحم بالحيوان سواء كان اللحم من جنسه او من خلاف جنسه قال في شرح الطحاوي
ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا
كما قال محمد واراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة
مذبوحة يجوز في قولهم جميعا اما على قولهما لا يشكل لانه لو اشتراها باللحم يجوز كيف
ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم
وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء سقط الاخرى فلا يودي الى الربوا فيجوز
والباقي يعرف في شرح الطحاوي **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي
يوسف اذا كان عينا بعين وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك لان احدهما اذا كان نسيئة
لا يجوز لان السلم في اللحم والحيوان لا يجوز **قوله** اذ لو لم يكن كذلك اي لم يكن اللحم المفرز
اكثر **قوله** من حيث زيادة السقط هذا على تقدير ما اذا كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان
من اللحم واراد بالسقط ما لا ينطلق اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء والطحال **قوله** او من
حيث زيادة اللحم هذا على تقدير ان يكون اللحم الخالص اقل وقد مر تقريره انفا **قوله** وصار
كالحل بالسمسم الحل بفتح الحاء المهملة دهن السمسم فلا يجوز بيعه بالسمسم بالاتفاق الا اذا كان
الحل اكثر من الدهن الذي في السمسم **قوله** بخلاف المسئلة تلك اشارة الى مسئلة الحل
بالسمسم **قوله** التجير وهو ثفل كل ما يعصر كذا في المجمل **قوله** قال ويجوز بيع الرطب
بالتمر مثلا بمثل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والعنب بالزبيب قال
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال ابو حنيفة رضي الله عنه بيع الرطب بالتمر
متساويا كيلا يجوز وقال الباقون من اهل العلم لا يجوز واجمعوا على ان بيع الرطب
بالتمر متفاضلا لا يجوز لهم ما روي في الموطا والسنن مسندا الى زيد بن ابي عياش عن
سعد بن ابي وقاص قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسال عن اشترا
التمر بالرطب فقال رسول الله اينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهاه رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولان الشرط المساواة في الكيل في اعدل الاحوال
وهو حال الجفاف ولم يوجد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر والتمر بالتمر
مثلا بمثل كيلا جائز فكذا الرطب بالتمر الا ان الرطب اختص باسم خاص كالبرني

وانما قلنا

وانما قلنا ان الرطب تمر لان التمر اسم لثمرة النخل من حين ما يبدو صلاحها الى ان ينتهي ولهذا
لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا يحنث في يمينه مع ان مبنى الايمان على العرف ذكره علاء الدين
في طريقة الخلاف بخلاف ما اذا اكل طلعا لانه لم يبد صلاحه فلم يحنث في يمينه فان
قلت لو حلف لا ياكل تمرا فاكل بسرا لا يحنث في يمينه فعلم ان التمر ليس باسم لثمر النخل
من حين ما يبدو صلاحها الى ان ينتهي قلت منعه علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
وقال بل يحنث عندنا ولان الرطب لا يخلو من احد الامرين اما ان كان جنسا واحدا مع
التمر او كانا جنسين فان كانا جنسا واحدا دخلا في عموم قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل
بمثل فجاز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا وان كانا جنسين دخلا تحت قوله عليه السلام
اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فجاز ايضا بيع الرطب
بالتمر ولا يرد علينا الحنطة بالدقيق والمقلي بغير المقلي حيث لا يجوز مع انه لا يصح ان يقال
ثمه مثل ما قيل هنا بان يقال المقلي مع غير المقلي جنسه واحد او جنسان فان كانا جنسا
واحدا جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا كيلا لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل وان
كانا جنسين جاز بالحديث الاخر لانا نقول انهما لا يتساويان كيلا وكذا الحنطة مع دقيقها
والتساوي في الكيل شرط قال القدوري في كتاب التقريب قال
ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وقال محمد يجوز لهما ان المقلي صنعة
يقوم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم ومن اصحابنا من حمل المسئلة على
حنطة قليت بالملح والملح عين ماله قيمة فصار كمن قفيزا بقفيز وكف ملح واما بيع المقلية
بالمقلية فظاهر المذهب انه يجوز متساويا لانهما في الكيل والصنعة ومن اصحابنا من قال لا
يجوز لان النار تاخذ من احدى الحنطتين اكثر مما تاخذ من الاخرى الى هنا لفظ التقريب
وبعض اصحابنا استدلوا في كتبهم بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع التمر حتى
يزهو وروي يزهي فقيل وما يزهي قال ان يحمر او يصفر سماه تمرا قبل الاحمرار
وهذا صفة الرطب فعلم ان الرطب تمر وفيه نظر لان الحديث لم يصح في كتب الحديث
بلفظ التمر بالتاء المنقوطة من فوق بالثنتين بل صح بالثاء المنقطة من فوق ولهذا روى البخاري
في الصحيح باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى ان تباع ثمرة النخل حتى تزهو قال يعني حتى تحمر وقال مالك في الموطا عن حميد
الطويل عن انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار
حتى تزهو فقيل يا رسول الله وما تزهي قال حتى تحمر **قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم
حين اهدي اليه رطبا او كل تمر خيبر هكذا فيه نظر ايضا لان الهدية كانت تمرا
الا ترى الى ما حدث مالك في الموطا عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف
عن سعيد بن المسيب عن ابي سعيد الخدري عن ابي هريرة رضي الله عنهما ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاء بتمر جنيب فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ
الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلث فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا قال صاحب الغايق الجمع
صنوف من التمر تجمع والجنيب لون منه جيد وكانوا يبيعون صاعين

من الجمع بصاع من الجنيب فقال ذلك نتر بيا لهم عن الربوا والجواب عن الحديث فنقول المراد منه
النسيئة فنحن نقول به يدل على ذلك ما روي في السنن وشرح الاثار للطحاوي مسندا الى زيد بن
عياش انه سمع سعد بن ابي وقاص يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر
نسيئة فعلم ان العلة في النهي النسيئة لا غير بحقيقة ان الرطب بالرطب جائز والتمر بالتمر كذلك وان
كان في احدهما رطوبة ليست في الاخر وكل ذلك ينقص اذا بقي وجف فلم ينظروا ثمه الى المال بل
الحال فكذا فيما نحن فيه والله اعلم قوله ومدارها رويناه على زيد بن ابي عياش وهو ضعيف عند
النقلة والمذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش ونقلوا التضعيف عن ابي حنيفة هكذا ولكن لم يصح ضعفه
في كتب الحديث فمن ادعى ضعفه فعليه البيان والجواب عما احتجا ما ذكرناه انفا قوله وكذلك العنب
بالزبيب يعني كما يجوز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا عند ابي حنيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب
عنده اذا تساويا كيلا وعندهما لا يجوز بيع العنب بالزبيب تساويا او تفاضلا كما قالا في الرطب
بالتمر وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الخلاف عن شرح الطحاوي عند قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
وقيل لا يجوز بيع العنب بالزبيب قياسا على المقلي بغير المقلي والجامع عدم التساوي في الكيل وقال
القدوري في التقريب فاما العنب في الزبيب فذكر ابو جعفر جواز بيع احدهما بالاخر في قولهم
وذكر ابو الحسن عنهما انه لا يجوز الا على الاعتبار فاما ابو حنيفة رضي الله عنه فاعتبر التساوي حال
العقد ولم يعتبر ما بعده وهما يقولان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون وذكر
ابو الليث قال النصر بن الوليد لا باس بالعنب بالزبيب يدا بيد والعنب اقل وروى هشام عن محمد
انه قال لا باس بقفيز من عنب بقفيز من زبيب فالزمته الرطب بالتمر ولم ازل به حتى رجع
عن قوله واما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كما في الرطب بالرطب فاما البسر بالرطب فقال
ابو حنيفة رضي الله عنه يجوز مثلا بمثل وقالا لا يجوز الى هنا لفظ التقريب قوله والوجه فيه ما
بيناه اي الوجه في بيع العنب بالزبيب ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو ان الزبيب مع العنب
ان كانا جنسا واحدا جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا وان كانا جنسين جاز ايضا لقوله عليه السلام واذا اختلفت
هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا
عندنا ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وهو بيع الرطب بالتمر وعند الشافعي لا يجوز بيع الرطب
بالرطب وكذا الخلاف بيننا وبينه في الباقلا الاخضر بمثله وجه قوله انه جنس يجري فيه الربوا
اذا بيع بعضه ببعض على وجه يتفاضلان حالة الادخار فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انهما تساويا
في المقدار والصفة فجاز بيع احدهما بالاخر كالتمر بالتمر ولان ما جاز بيعه بجنسه بعد زوال رطوبته
جاز بيعه قبل زوال رطوبته كاللبن بجنسه وتعليله يبطل بالتمر الحديث بالعتيق لان الحديث
في المال ينقص لا محالة فعلم ان المعتبر حالة العقد والاصل الذي ذكره ليس مثل مسئلتنا لان كلامنا
في بيع الرطب بالرطب ومثله بيع الحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق اما الحنطة بالدقيق فلا والمعنى
في الحنطة بالدقيق انهما لا يتساويان في المقدار بخلاف الرطب بالرطب قوله وكذا بيع الحنطة الرطبة
او المبلولة بمثلها او اليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجوز جميع ذلك ذكر هذه المسئلة تفريعا لما قبله وقد ذكرنا جميع ذلك عن شرح الطحاوي عند
قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي يجوز بيع الحنطة الندية بمثلها وكذا يجوز بيع الحنطة المبلولة بمثلها
وكذا يجوز بيع الحنطة الندية او المبلولة بالحنطة اليابسة وكذا يجوز بيع التمر المنقع بالمنقع منه وكذا
يجوز بيع الزبيب بالمنقع منه هذا كله عند ابي حنيفة وابي يوسف ولكن اذا تساويا كيلا وقال

في خلاصة الفتاوي قال شمس الائمة الحلواني الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله ان بيع الحنطة اليابسة
بالمبلولة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا ابتلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة فمحمد ان الاعتبار بالمعادلة وان
في اعدل الاحوال وهو حالة الجفاف كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد الا ان في بيع
الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال لان التفاوت ثمه انما يكون بعد ما يكون الرطب شيئا اخر
وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والحنطة المبلولة او الزبيب المنقع والتمر المنقع بعد
الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه ولابي حنيفة وابي يوسف ان
الاعتبار للمساواة في الحال عملا باطلاق قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والحنطة مثل بمثل
ولهذا يجوز بيع التمر الحديث بالعتيق بالاجماع مع وجود التفاضل في المال الا ان ابا يوسف اعتبر
المال في بيع الرطب بالتمر وترك القياس بحديث سعد بن ابي وقاص وفيما عدا ذلك والحاصل عند
محمد ان ظهور التفاوت مع بقاء الاسم في البدلين جميعا او في احدهما مفسد للعقد وبعد زوال
الاسم عنهما جميعا لا يفسد العقد كالرطب بالرطب قوله او الزبيب المنقع قالوا انه بفتح القاف
مخففا من انقع الزبيب في الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة ولكن المشهور
بين الفقهاء منقع بالتشديد وعلى بيت المنظومة في باب محمد قوله الا ان التمييز راجع الى
ابي يوسف قوله بما روينا لهما اي لابي يوسف ومحمد يعني في بيان دليلهما واراد به قوله عليه
السلام قوله اينقص اذا جف الى اخر الحديث قوله بين هذه الفصول اراد به بيع الحنطة الرطبة
او المبلولة بمثلها الى اخرها وقد فصلناها انفا قوله على الاسم الذي عقد عليه اراد به بقاء اسم
الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف قوله ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز ذكر هذا ايضا تفريعا
لما قبله واعلم بجواز ذلك لان البسر تمر لان اسم التمر يقع من اول ما ينعقد صورة التمر وليس الكفرى
كذلك لان صورة التمر لم ينعقد بعد فجاز بيع الواحد من الكفرى بما شاء من التمر وفي البسر بالرطب
مثلا بمثل خلاف ذكرناه عن التقريب قبل هذا فان قلت اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي ان يجوز الاسلام
التمر في الكفرى قلت انما لم يجز للجهالة لان الكفرى عددي متفاوت والكفرى مضموم بضم
الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى كافورا وكفرا ايضا كذا قاله ابن دريد
وقيل انما سمي به لانه يستر ما في جوفه قوله قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم
بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله
والزيادة بالثجير اي قال القدوري في مختصره اعلم ان وزن الدهن الخالص اذا كان اكثر من الدهن
الذي في الزيتون والسمسم يجوز لان الدهن بالدهن والزيادة من الدهن الخالص بالثجير وان كان
الدهن الخالص مثله او اقل يفسد البيع في هذين الوجهين وفي الوجه الثاني يكون بعض
الدهن والثجير ربوا بالاتفاق وان كان لا يدرى ان وزن الخالص مثله او اقل او اكثر جاز البيع
عند زفر ولا يجوز عندنا لان الاصل هو الجواز في البيع فلا يترك الاصل بالشك والاحتمال ولنا ان
الفساد من وجهين وهو ما اذا كان الدهن الخالص مثلا او اقل والحكم للغالب وعلى هذه
الوجوه الاربعة اذا اشترى بفضة لجاما مفضضا او سيفا حليته فضة يشترط ان يكون
الفضة الخالصة اكثر لجواز البيع قوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري يعني اذا كان الدهن
الخالص اكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص اكثر مما في اللبن والعصير
الخالص اكثر مما في العنب والدبس الخالص اكثر مما في التمر جاز والا فلا قوله واختلفوا

في القطن بغزله اي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لان
اصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى
لان القطن ينتقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق واتفقوا في ثوب القطن بالقطن انه جائز
وبيع المحلوج بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر جاز والا فلا **قوله** قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك البان البقر والغنم
وخل الدقل بخل العنب قال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع اللحوم المختلفة متفاضلا في احد قوليه
وقال في وجيزه وفي لحوم الحيوانات قولان اصحهما انها مختلفة لتفاوت المعنى وان اتفق الاسم وجه
قوله الاخر ان المقصود من اللحم شي واحد وهو التغذي والتقوي واختلاف المقاصد بعد ذلك
يرجع الى الوصف ولنا ان اصول اللحمان مختلفة فكانت فروعها اجناسا كالادقة والادلة والدليل
على ان الاصول مختلفة ان نصاب البقر لا يكمل بالابل وبالغنم فاذا كان الاصول مختلفة كان
الفروع كذلك كالادقة ولانه لا تشابه بين لحم الغنم فاذا كان الاصول مختلفة كان الفروع كذلك
كالادقة ولانه لا تشابه بين لحم الغنم ولحم الابل والدجاج كما لا تشابه في الاصل وما ادعى من
الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه ولا يلتفت
اليه لان الاعتبار في الاتحاد للمعنى الخاص قالوا فعلهما اسم خاص عند حدوث الربوا فكان جنسا
واحدا كالتمر قلنا يبطل بالثمار والادقة فالوا الثمار اسم عام يقع تحته انواع وقد وقع الاحتراز عنه
بقولنا اسم خاص قلنا اللحم ايضا اسم عام يقع تحته انواع يعرف ذلك بالاضافة كقولك لحم البقر
ولحم الابل ولحم الدجاج والمعنى في الاصل ان التمر اصله جنس واحد وهو النخل فكان نوعه كذلك
وليس النوع كذلك فان اصول اللحمان من الابل والبقر ونحو ذلك مختلفة فاختلفت نوعها
ايضا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولحوم الغنم كلها جنس واحد من الضان والمعز
والنعجة والتيس حتى لو بيع لحومها بعضها ببعض وشحومها بعضها ببعض والبانها بعضها
ببعض لا يجوز الا سواء سواء على ما ذكرنا في التمر والحنطة ولو باع لحوم الشاة بشحمها او بالبتها
او لحمها بصوفها يجوز ذلك كيف ما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما واما صوف الشاة مع
شعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا لا يجوز ولا
يجوز نسيئة لان الوزن جمعهما واما الروس والاكارع والجلود يجوز يدا بيد كيف ما كان ولا
يجوز نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف الا ترى ان السلم فيه لا يجوز ولحوم الابل كلها
نوع واحد من العراب والبخاتي او ذي سنامين او ذي سنام واحد والجواب
فيه كالجواب في الشاة والمعز والضان وكذلك لحوم البقر والجواميس كلها نوع
واحد ولو باع لحم الابل بلحم الغنم او بلحم البقر او لبنها بلبن الغنم او بلبن البقر يجوز كيف
ما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن جمعهما الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال في الايضاح
وروي عن ابي يوسف انه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من نوع
واحد لانه لا يوزن في العادة **قوله** فكذا اجزاؤها اي اجزاء الاصول **قوله** اذا لم
يتبدل بالصنعة مراده وان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم
تتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل
متحدا كالهروي والمروي وكذا زنديجي بخاري مع وداري سمرقند **قوله** قال
وكذا خل الدقل بخل العنب اي قال القدوري في مختصره يعني يجوز بيع احدهما بالاخر

متفاضلا

متفاضلا يدا بيد لانهما جنسان للاختلاف في الاصل حالا وما ولا يجوز نسيئة لانه يجمعهما الوزن وانما خص
خل الدقل وهو نوع من ارداء التمر اجرا للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل
والا فالحكم في خل كل تمر كذلك **قوله** وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد لا يقال
الشاة والمعز جنس واحد ولهذا يكمل نصاب احدهما بالاخر فينبغي ان يكون اجزاؤهما كذلك
فلم يجز الشعر والصوف جنسين لانا نقول لما اختلفت المقاصد في الاجزاء جعلت مختلفة
كالية الشاة مع لحمها الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر ولهذا يتخذ من الصوف اللفافة
واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ ونحو ذلك **قوله** وكذا شحم البطن بالالية
او باللحم اي يجوز بعضها بالاخر متفاضلا **قوله** لاختلاف الصور والمعاني والمنافع هذا دليل
لكون هذه الاشيا اجناسا مختلفة اما اختلاف الصور فلان الصور عبارة عن شكل وجود
الشي ولا شكل كل واحد من الشحم والالية واللحم مختلف واما اختلاف المعاني فلان حقيقة كل
واحد من هذه الاشيا يخالف حقيقة الاخر ولهذا يقع على احدهما اسم الشحم وعلى الاخر اسم الالية وعلى
الاخر اسم اللحم واما اختلاف المنافع فان الالية حارة رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن به برودة
ويبوسة وتنفع العصب الجاسي ضمادا والهضم وليس اللحم كذلك **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلا وهذا لفظ القدوري في مختصره ولكن هذا فيما اذا كان يدا بيد وذلك لان الحنطة
والدقيق مكيل والخبز بواسطة الصنعة خرج من ان يكون مكيلا فصار وزنيا او عدديا وحرمة
ربوا الفضل يعتمد الاتفاق في القدر والجنس ولم يوجد الاتفاق فجاز التفاضل قال في شرح الطحاوي
وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق يعني لا يجوز وهو نفي
الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الجنس قال صاحب الهداية والفتوى على الاول يعني
على جواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق وذكر في النوازل عن ابي بكر ان بيع الحنطة بالخبز لا يجوز
لا متفاضلا ولا متساويا وقال ابو الليث هذا الجواب يوافق قول ابي حنيفة خاصة كالحنطة
بالدقيق وهذا اذا كانا نقدين فان باع احدهما بالاخر نسيئة فهو على وجهين ذكرهما الولوالجي
وغيره في الفتاوى ان كان الخبز نقدا والدقيق والحنطة نسية يجوز لانه اسلم موزونا في مكيل
والسلم فيه مما ينضبط بالوصف وان كان الحنطة والدقيق نقدا والخبز نسيئة لا يجوز لان
المسلم فيه وهو الخبز مما لا يمكن ضبطه بالوصف وزنا لان الخبز في نفسه متفاوت
من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة تفاوتا معتبرا وليس لهذه الاوصاف اسام يمكن
اعلامها بها ان ذلك الاسامي ثم قال الولوالجي ذكر هذا التفصيل في نوادر ابن رستم
عن محمد وهذا التفصيل انما يجي على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما لا يجوزان السلم
في الخبز اما لا يجي على قول ابي يوسف رحمه الله لانه لا يجوز السلم في الخبز فيجوز عنده
كيف ما كان ذكر هذا الاختلاف ابن رستم في نوادره وقال في بيوع خواهر زاده
يجب ان يفتى على قول ابي يوسف رحمه الله انه اسلم في موزون فيجوز كما في سائر الموزونات
وقال الانعم ولكنه اسلم فيما لا ينضبط بالوصف **قوله** وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح
وهو قول ابي يوسف واحترز به عن قولهما وعن موضع الاختلاف **قوله** ولا خير
في استقراضه عددا ووزنا عند ابي حنيفة اختلفت الرواية في استقراض الخبز
فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز اصلا للتفاوت بين الخبزين لانه يتفاوت
بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وكذا يتفاوت بالخباز لانه ان
كان حاذقا في هذا الباب يجي خبزه احسن ما يكون بخلاف ما اذا لم يكن حاذقا وكذا يتفاوت بالتنور لانه ان كان
جيدا يجي خبزه جيدا بخلاف ما اذا كان عتيقا وكذا يتفاوت ما يقع في اول التنور وما يقع في اخره وهذا معنى

قوله والتقديم والتاخير وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا لا بتفاوت صنعة
في افراده وعند محمد يجوز عددا ووزنا كذا ذكر محمد في شرح الطحاوي والمختلف والحصر وخلاف
الفتاوى وذكر اللوالجي وصاحب الفتاوى انه يجوز عند محمد عددا ولم يذكر الموزن وان كان
لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الولوالجي وكان محمد ترك القياس في جواز استقراضه
عددا للتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع وقال في الفتاوى الصغرى
بيع النخالة بالدقيق عند ابي يوسف يجوز على طريق الاعتبار بان كانت النخالة الخالصة
اكثر من النخالة في الدقيق وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار وانما يجوز اذا تساويا كيلا
ونقله عن شرح خواهر زاده قوله قال ولا ربوا بين المولى وعبده اي قال القدوري
في مختصره ومراده ان كان العبد ماذونا له في التجارة ولم يكن عليه دين فاذا كان الحال
هكذا لا يتصور الربوا لان العبد لا يملك شيئا وما في يده ملك لمولاه بخلاف ما اذا كان
عليه دين حيث لا يتحقق الربوا لان المولى لا يملك ما في يده عند ابي حنيفة اما عندهما ولئن
كان يملك المولى ما في يده فلا يخلوا من تعلق حق الغرما بما في يده فلا يكون ملكا لمولاه
مطلقا فصار العبد كالاجنبي من مولاه فيتحقق الربوا بينهما كما تتحقق الربوا بين المكاتب
ومولاه قوله وان كان عليه دين لا يجوز اي لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربوا اذا كان
على العبد دين قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب هذا لفظ القدوري في
مختصره المسلم الذي دخل دار الحرب بامان اذا باع درهما بدرهمين او باع خمرا
او خنزيرا او ميتة او قامرهم واخذ المال يحل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
والشافعي رحمهم الله كذا في الحصر ولهما ان الحربي اذا دخل دارنا بامان يجري الربوا بينه
وبين المسلم فكذا اذا دخل المسلم دارهم بامان لان مال المسلم كان مباحا في الاصل فصار محظورا
بعقد الامان ثم في دار الاسلام يجري الربوا بينهما فكذا في دار الحرب ولابي حنيفة ومحمد
رضي الله عنهما ما روي مكحول رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا
بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن رحمه الله كذا في شرح ابي نصر ولان
مال الحربي ليس بمعصوم بل هو على اصل الاباحة وانما منع المسلم الذي دارنا منه لاجل عقد
الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي خطر لاجله فصار
ذلك اخذا على اصل الاباحة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ولان كل شخصين لا يجب
الضمان على كل واحد منهما باتلاف ما في يده لا يجري بينهما الربوا كالمولى مع العبد
ولا يلزم العدل مع الباغي لان عندنا يجب الضمان على كل واحد منهما الا ان الحاكم لا يجبره
على ذلك ولا يحبسه لاجله ولا يجوز اعتبار دار الحرب بدار الاسلام لان دار الاسلام
دار الحظر ودار الحرب دار الاباحة ولا يقاس الربوا على الزنا بان يقال دار حرم
فيها الزنا حرم فيها الربوا لان البضع لا يستباح بالاباحة اصلا بل يستباح بالعقد بخلاف
المال فانه يستباح بالاباحة بلا عقد فظهر الفرق قوله بخلاف المستامن منهم لان
ماله صار محظورا بعقد الامان يعني ان مال المستامن في دارنا لا يحل تناوله لاحد
من الناس بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضا المدة فعلم ان ماله محظور لا
مباح بخلاف مال الحربي في دار الحرب فانه يحل تناوله لكل واحد بالاباحة الاصلية
الا المسلم المستامن لئلا يلزم الخطر فاذا بذل الحربي زال معنى الحظر والله اعلم

باب الحقوق

كان من حق وضع مسايل هذا الباب ان يكون

في الفصل

في الفصل المنفصل باول كتاب البيوع ولكن المصنف لما اتبع وضع الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع
هكذا بعد ذكر مسايل البيوع وضع المصنف ايضا قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى
الا ان يشتريه بكل حق هو له الى اخره وهو من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل منزلا فوقه منزل لا يكون له الاعلى مع الاسفل
الا ان يقول اشتري منك هذا المنزل بكل حق هو له او يقول بمرافقه او يقول بكل قليل وكثير هو
فيه او منه فيكون له المنزل الاعلى مع الاسفل محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري البيت
وفوقه بيت فاشترى الاسفل بكل حق هو له قال لا يكون له البيت الاعلى وقال ابو حنيفة رضي
الله عنه اذا اشترى الدار بحدودها كان له العلو والكنيف ولم يكن له الظلة الا ان يقول
بكل حق هو لها او يقول بمرافقها او يقول بكل قليل وكثير هو فيها او منها فيكون له الظلة
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ثم اعلم ان هنا ثلث مسايل الدار والمنزل والبيت
والمنزل له منزلة بين المنزلتين وهي الدار والبيت الصغيرة فيها بيتان او ثلثة فحاله تشبه
الدار من وجه وتشبه البيت من وجه وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس له
فيه منزل الدواب وما يجري مجرى ذلك والدار اسم لما ادير عليه الحوايط تحيط بذلك
كله والبيت اسم لمسقف واحد يبات فيه كذا قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير وقال شمس
الايمة السرخسي في شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار فالبيت اسم لمسقف
واحد وله دهليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل
اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضا الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن الى هنا لفظ شمس
الايمة رحمه الله والجواب في ذلك ان العلو لا يدخل في شرا البيت وان ذكر الحقوق الا ان ذكر
اسم العلو صريحا لان البيت اسم خاص لمسقف واحد يبات فيه والعلو في ذلك مثل السفل
والشي يستتبع ما دونه لا مثله او فوقه والعلو يدخل في شرا المنزل اذا ذكر الحقوق او المرافق
او كل قليل وكثير او اسمها الخاص والا فلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين او ثلثة ينزل فيها
ليلا ونهارا والعلو في النزول كالسفل الا انه دونه في احتمال السكنى فكان اصلا من وجه تابعا
من وجه فان ذكره او ذكر اسم التبع دخل والا فلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن
غير ذكر الحقوق لان العلو من جملة ما ادير عليه الحوايط قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع
الصغير هذا في عرفهم وفي عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها لان في عرفنا الدار والمنزل
والبيت كله واحد ثم بذكر الدار كما يدخل العلو يدخل الكنيف الشارع لانه من اجزا الدار اما الظلة
وهي الساباط الذي احد طرفيه على الدار والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات
في السكة ومفتحها في الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل بكل حق هو لها
او يقول بمرافقها او يقول بكل قليل وكثير هو فيها او منها وعندهما يدخل من غير ذكر المرافق
والحقوق لان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع وجه قول ابي
حنيفة ان قرار احد طرفي الظلة على الدار المبيعة وقرار الطرف الاخر على الدار الاخرى او على
الاسطوانة فكانت تبعا للدار المبيعة من وجه دون وجه فاذا ذكرنا ما ذكرناه دخلت
والا فلا قوله والشي لا يكون تبعا لمثله لان تبع الشي ادنى منه لا محالة لا مثله لا يرد على هذا
المستعير حيث كان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولا يرد المكاتب ايضا
حيث كان له ان يكاتب لانا نقول ذاك لا بسبيل استتباع المثلي بل باعتبار ان المستعير

لما ملك المنافع ملكها من غيره والمكاتب بعقد الكتابة صار اخص بمكاسبه وكتابته عنده
من جملة مكاسبه **قوله** لان كل مسكن يسمي خانه يعني في بلاد العجم يسمي كذلك سوا كان
المسكن صغيرا او كبيرا **قوله** والكنيف هو المستراح **قوله** الظلة اي الساباط وقد مر بيانها
آنفا **قوله** تذكر ما ذكرنا اي بذكر الحقوق والمرافق او بكل قليل وكثير هو فيها او منها
قوله قال ومن اشتري بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الي آخره
اي قال في الجامع الصغير وصورة المسيلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يشتري البيت في الدار او المنزل في الدار او المسكن في الدار قال لا يكون له الطريق
الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقها او يقول بكل قليل وكثير هو فيها او منها فيكون
له الطريق الي هنا لفظ الاصل الجامع الصغير وذلك لان الطريق خارج عن الحدود
الا انه من التوابع فلا جرم لم يدخل في البيع من غير ذكر ما ذكرنا وكذلك الشرب والمسيل
والشرب من غير ذكر لان المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون ان
تدخل هذه الاشيا والبيع ليس كذلك فان المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها
والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الجحش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال
ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارة الجحش الصغير والارض السبخة لعدم
الانتفاع قال الامام فخر الدين قاضيخان رحمه الله اذا كان طريق الدار المبيعة
او مسيل مايها في دار اخري لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه
من حقوق هذه الدار فلا تدخل الا بذكر الحقوق فان قال البايع ليس للدار المبيعة طريق
في دار اخري فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب
وكذلك لو كانت جزو دار اخري علي الدار المبيعة فان كانت للبايع يومر برفعها
وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخري
او مسيل ما فان كانت تلك الدار للبايع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها
من غير استثنا وان كانت لغير البايع كان بمنزلة العيب **قوله** بخلاف الاجارة متعلق
بقوله لم يكن له طريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل
وقد مر البيان انتهي **قوله** ولا تختنق الا به

باب الاستحقاق

ذكر هذا
الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظا ومعني **قوله** ومن
اشتري جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها
لرجل لا يتبعها ولدها وهذه من مسايل الجامع الصغير والفرق بين الاستحقاق بالبينة
حيث ياخذها وولدها وبين الاستحقاق بالاقرار حيث لا ياخذ ولدها ان البينة لكونها
حجة مطلقة ثابتة في حق كافة الناس يثبت الاستحقاق من الاصل لا من الحال لان الشهود
لا يتمكنون من اثبات ما لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي بل يبينون ويظهرون ما كان
ثابتا في الاصل فلما ثبت الاستحقاق من الاصل والولد يوميذ كان متصلا بالام ياخذها
وولدها ولهذا يرجع المشتري بالثمن علي البايع ويرجع الباعة بعضهم علي بعض واما
الاقرار فانه يثبت الاستحقاق في الحال فانه حجة قاصرة يفيد الملك مقصورا على
الحال وثبوت المخبر به سابقا علي الاقرار لضرورة تصحيح الخبر لان الخبر لا بد له من
مخبر به والاقرار اخبار فلا يظهر به ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري

بالثمن علي البايع ولا يرجع الباعة بعضهم علي بعض والولد يوم الاقرار منفصل عن الام فلا يتعدي
الحكم الثابت في الام الي الولد ثم القضا بالجارية في استحقاقها بالبينة هل يكون قضا بالولد
ام يفتقر الولد الي الحكم قصدا فيه اختلاف المشايخ ذكره فخر الاسلام البزدوي وغيره في
شروح الجامع الصغير قال بعضهم يكون ذلك قضا بالولد لانه تابع للام فيدخل في الحكم تبعا
وقال بعضهم يشترط للولد قضا علي حدة لانه اصل يوم القضا لكونه منفصلا عن الام فلا
بد من الحكم له ويدل علي هذا ما قال محمد رحمه الله اذا قضي القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد
لم يدخل تحت الحكم وكذلك لو كان الولد في يد رجل آخر غايب فالقضا بالام لا يكون قضا
بالولد قال بعض الشارحين القضا باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد ولكن يوجب
وقفه علي اجازة المستحق وفيه نظر لان غاية ما في الباب انه بيع الفضولي وفيه اذا
وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل علي عدم الرضا فينفسخ
والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فكيف يتوقف الا تري الي ما قال في الفتاوي الصغري
اشتري شيا ثم استحق من يده ثم وصل الي المشتري يوما لا يومر بالتسليم الي البايع
لانه وان جعل مقرا بالملك للبايع لكن مقتضي الشرا وقد انفسخ الشرا بالاستحقاق
فينفسخ الاقرار لا جرم لو اشتري عبدا وقد اقر نصا انه ملك البايع ثم استحق من
يد المشتري ورجع من يد المشتري ورجع بالثمن علي البايع ثم وصل اليه يوما
يومر بالتسليم الي بايعه لان اقراره بالملك لم يبطل ونقله عن شرح شيخ
خواهر زاده في باب الميت عليه دين **قوله** قال ومن اشتري عبدا فاذا
هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البايع حاضرا او
غايبا غيبة معروفة لم يكن علي العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري علي العبد
ورجع هو علي البايع اي قال في الجامع الصغير وتمام المسيلة اصل في الجامع الصغير ولو رهن رجل
عبدا مقرا بالعبودية بالف درهم بامره من رجل فاذا هو حر فان المرتهن لا يرجع علي العبد
بشي من ذلك ابدا ولا يشبه هذا البيع وفصل الرهن من الخواص والفصل الاول ذكره في كتاب
العتاق قالوا في شروح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع علي العبد بحال لان ضمان
الثمن انما يجب بالمبايعة او بالكفالة ولم يوجد شي من ذلك من العبد وانما وجد منه الاخبار
كاذبا ولا يلزمه شي كما اذا قال الاجنبي اشتره فانه عبد فظهر حرا وكما اذا قال العبد ارتهني فاني
عبد فظهر حرا ليس عليه شي وجه الظاهر ان البيع عقد معاوضة والامر والعقد اذا لم يسلم
العوض والعبد ضمن له سلامة العوض لانه اقدم علي الشرا معتمدا علي قوله اني عبد فلو لم
يقل ذلك ما كان يقدم عليه لذلك وهذا لان القول قوله في الحرية فلما ثبت هذا قلنا يضمن العبد
الثمن حيث تعذر استيفاوه من البايع لانه لا يدري اين هو نفيا للغرور كالمولي اذا قال لاهل
السوق ان هذا عبدي قد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقه ديون ثم ظهر انه حر
رجعوا عليه بديونهم كذا هذا فاذا علم مكان البايع رجع عليه وليس له علي العبد سبيل لان البايع
هو الذي اخذ ماله فوجب ان يسترد منه والعبد لم ياخذ منه شيا الا انه اذا لم يظهر التلف
قال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمد الاوزجندي المعروف بقاضيخان رحمه الله في
شرح الجامع الصغير وهذه المسيلة دليل علي ان العبد اذا كفل بثمن نفسه عن البايع صحت
الكفالة فاذا تعذر استيفاوه من البايع يرجع عليه ثم يرجع العبد علي البايع اذا حضر لانه ادي

ضمانا عليه والرهن لا يشبه البيع لانه ليس بعقد معاوضة فلم يقتض سلامة العوض لان الرهن شرع
لملك الحبس من غير عوض يقابله ولكنه يصير بعد قبضه استيفاء لعين حقه من غير عوض
ولان صحة الدين لم تكن بالرهن لان الدين يكون دينا وان لم يكن رهن فلم يكن الامر
بالارتهان ضمانا بالسلامة والاجنبي لا يكترث بقوله فلم يحصل الغرور ثم في وضع المسئلة
بقوله فاذا هو حر اشكال لان الدعوى في حرية العبد شرط قبول البينة عند ابي حنيفة
رضي الله عنه والتناقض يبطل الدعوى وقوله انا حر بعد قوله انا عبد متناقض لا محالة
وجوابه ان المراد منه لا يخلو اما ان كان حرية الاصل او الحرية بعتاق عارض فان
كان المراد منه حرية الاصل فلقبول البينة وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى
ليس بشرط لقبول الشهادة على حرية الاصل عندهم جميعا وانما الخلاف في العتق المبتدا لانها
تضمن تحريم الفرج لان الشهود لا بد لهم من تعيين الام وفي ذلك تحريم الام وتحريم بناتها
واخواتها لانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام حراما على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى
فلا يشترط فيها الدعوى كما في عتق الامة فان خلت الشهادة عن حرمة الفرج كانت الدعوى
فيها شرطا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ولكن
التناقض لم يمنع صحة الدعوى لخفاء حال العلوق وان كان المراد به الحرية بعتاق عارض
فلقبول البينة وجه واحد وذلك ان التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لانه امر يجري
فيه الخفاء لانه امر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كما اذا اختلعت
المراة ثم اقامت البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع يقبل ذلك منها لان الزوج ينفرد
بالطلاق فربما لا تعلم المراة بذلك ثم تعلم وكذا المكاتب اذا اقام البينة على اعتاقه قبل الكتابة
قال الناطفي في كتاب الاجناس رجل باع غلاما وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع
انا حر لا يقبل قوله وهو عبد ذكره في كتاب اقرار الاصل وقد زاد في مختصر الطحاوي وقيل
له بعد البيع قم مع مولاك فقام فهذا كله اقرار منه بالرق الى هنا لفظ الاجناس في كتاب
البيوع قوله فاذا هو حر غير منون لانها اذا المفاجات معناه ان العبد حر الاصل
ببينة اقيمت عليه قوله ورجع هو على البايع وهذا استحسان والقياس ان لا يرجع لما قلنا
في وجه قول ابي يوسف قوله ان يجعل الامر ضمانا للسلامة اي يجعل الامر بالشرا بقوله
اشترني فاني عبد ضمانا لسلامة المبيع للمشتري قوله كما هو موجبه اي موجب البيع لان
موجبه سلامة المبيع للمشتري قوله لتضمنه تحريم فرج الام اي لتضمن الدعوى اي دعوى
حرية الاصل وذكر الضمير الراجع الى الدعوى لانه بمعنى الادعاء قوله قال ومن ادعى
حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يديه الدار على ماية درهم فاستحقت
الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل ادعى حقا في دار في يد رجل دعوى فصالحه من
ذلك على ماية درهم ثم استحقت الدار الا موضع ذراع قال لا يرجع عليه في الماية
بشي فان كان ادعى الدار كلها ثم استحق شي رجع في الماية بحصة ما استحق وانما لم
يرجع في المسئلة الاولى في الماية بشي لان الاستحقاق لم يقع منافيا للصلح لقيام التوفيق
لان للمدعي ان يقول مرادي من الدعوى هذا الباقي لانه ادعى حقا مجهولا والصلح
عن المجهول على المعلوم صحيح عندنا فلا يجوز الرجوع الا اذا استحق الكل لجهالة

الرجوع وانما رجع في المسئلة الثانية بالحصة لعدم امكان التوفيق لانه ادعى كل الدار فصالح على ذلك
فاستحق بعض الدار والماية كانت وقعت بدلا عن كل الدار لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل
فلما استحق بعض المبدل وجب الرجوع بحصته في البدل لانه اخذ ذلك القدر من البدل
بغير حق قال صاحب الهداية ودلت المسئلة على الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان
الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست
بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك
الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة والابراء عن المجهول
جائز عندنا وقد مر بيانه في اخر باب خيار العيب انتهى والله

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهر جدا لان المال في الصورتين
جميعا في يد صاحب اليد بلا اذن المالك ثم ترجمة الفصل ببيع الفضولي لكونه ابين احسن
من ترجمته بباب عقد بيع الغير كما وقع في الجامع الصغير المرتب ثم الفضولي بضم الفاء وفتح الفا
خطا وهي نسبة الى الفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه
حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سنا وطول بلا طول وعرض بلا عرض كذا في المغرب
ويسمى لمن يشتغل بما لا يعنيه فضوليا وفي اصطلاح الفقها هو من يتصرف في حق الغير
بلا اذن شرعي كالاجنبي يزوج او يبيع ولم يرد في النسبة الى الواحد وان كان هو القياس
لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي قوله قال ومن باع
ملك غيره فالمالك بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا فسخ اي قال القدوري في
مختصره وكذا ورد هذه المسئلة فيه في باب خيار الروية لان المالك له الخيار هنا
بين الاجازة والفسخ كالمشتري اذا راى ما اشتراه بلا روية اعلم ان كل عقد له مجيز حال
وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه على اجازة المالك
فان اجاز يثبت مستندا الى وقت العقد والا بطل التصرف وقال الشافعي رضي الله عنه
لا ينعقد اصلا لانه تصرف في ملك الغير من غير اذن ولا ولاية شرعية فلا يصح كالشرا
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث عروة البارقي ان النبي صلى
الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار
واتاه بالشاة والدينار فدعا له بالبركة وروى الكرخي في اول كتاب الوكالة وقال حدثنا
ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب
بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون
الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحسن عن غرقدة
البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجا بشاة ودينار
فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وكان بيع
الفضولي تصرف تمليك صدر من اهله مضافا الى محله فوجب ان ينعقد وهذا لان التصرف
انما يصح اذا وجد ركنه من الاهل مضافا الى المحل وقد وجد جميع ذلك فيصح وذلك
لان ركن البيع تمليك مال بمال وهو قصد ايقاعه تمليكا في محل قابل للملك ولكن
لا ينفذ في الحال لعدم الاجازة لئلا يتضرر المالك وفي نفس الانعقاد لا ضرر بل فيه نفع للبايع

والمشتري بصون كلامهما عن الالغا ونفع للمالك حيث كفي مونة طلب المشتري ومونة قرار الثمن والاهلية موجودة
ايضا لانها بالعقل والبلوغ وهما موجودان وكذا المحل لان محل البيع بكونه مالا متقوما لا بكونه مملوكا للبايع لانه يصح
بيع الوكيل والوصي مع انه ليس بمملوك له فعلم ان محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد ولانه عقد
له مجيز حال وقوعه فوجب ان يصح كالوصي بجميع ماله او اوصي لوارثه ثم اجازت الورثة بعد موته
وكان في نفس الانعقاد لا ضرر علي المالك فوجب ان ينعقد قياسا علي تصرف المالك والوكيل فان قلت لا
نسلم انه تصرف تمليك لان الملك لم يثبت في الحال عندكم قبل الاجازة وعند الاجازة لم يوجد التصرف فاذا
لم يوجد التمليك حال التصرف ولم يوجد التصرف حال الاجازة فلا يكون تمليكا قلت انه تصرف تمليك لكن
لم نوع الملك ثبت متصلا بالتصرف فالحكم جاز ان يتراخي الي الزمان الثاني كما في البيع بشرط الخيار وكما في
الرمي فانه يقع تفويتا للحياة ويكون قتلا وان كان يتراخي فوات الحياة عن الرمي والجواب عن قياسهم
علي الشرا فنقول فيه تفصيل ذكره اصحابنا فان قال الفضولي بع هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت
لاجله حقا وهو الثمن ويثبت لنفسه حق المطالبة علي الغير فلهذا لم يكن موقوفا وفي مسئلتنا لم يثبت
لنفسه حق المطالبة علي الغير **قوله** بالقدرة الشرعية وهو بالملك او الاذن **قوله** تصرف تمليك من اضافة
الجنس الي النوع كعلم الطب واحترز بالتمليك عن الاسقاط كالطلاق فان الصبي والمجنون اذا طلق
امراته او اعتق عبده علي مال او غير مال لا يتوقف الي اجازة الولي ولا الي اجازة نفسه بعد
البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله او اشتري شيا او تزوج امراة او زوج امته فان هذه التصرفات
منه تتوقف علي اجازة الولي والي اجازته بعد البلوغ كذا ذكر بعض الشارحين ولكن فيه نظر
لانه قال يتوقف البيع والشرا والتزوج الي اجازته بعد البلوغ وانما يتوقف عقد الفضولي اذا كان
له مجيز وقت العقد والا فلا وهنا لم يكن مجيز وقت العقد الا تري الي ما قال صاحب التحفة
بقوله فانا نعني بقولنا علي التوقف كل عقد له مجيز حالة العقد فاما اذا لم يكن له مجيز فانه لا
يتوقف حتي ان الطلاق والعتاق في حق البالغ من الفضولي تتوقف لان له مجيزا في الحال فاما اذا
وجد الطلاق والعتاق والتبرعات من الفضولي في امراة الصبي والمجنون وفي مالهما فانه
لا يتوقف لانه ليس بمجيز حالة العقد لانهما ليسا من اهل الطلاق والعتاق والتبرعات ولذلك
وليهما وكذلك الاب والوصي اذا اعتقا او طلقا عبد الصبي او امراته الي هنا لفظ التحفة انتهى
قوله لهذه الوجوه اراد بها كفاية مونة طلب المشتري وقرار الثمن ونفع العاقدين بصون
كلامهما عن الالغا **قوله** قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما
اي قال القدوري في مختصره اما شرط بقا المعقود عليه فلان الملك لم ينتقل فيه وبعد هلاكه
كيف ينتقل واما شرط بقا المشتري فلان الثمن لم يلزمه في حياته فكيف يلزمه بعد وفاته مع
انعدام اهليته وكذلك البايع لم يلزمه حقوق العقد في حياته فلا يلزمه بعد وفاته ويشترط
بقا المالك ايضا لان بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لا يفيد اجازة الوارث لان
المفسوخ لم يلحقه الاجازة وبقا هذه الاربعة شرط اذا كان الثمن دينا اما اذا كان عرضا فبقا
الخمسة شرط للحوق الاجازة الاربعة هذه المذكورة والخامس قيام العرض وجملة الكلام فيه
علي وجهين علي ما قال في شرح الطحاوي اما ان يبيعه بثمن عين او بثمن دين اما اذا
باعه بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه
كان البيع موقوفا علي اجازة المالك وقيام الاربعة شرط للحوق الاجازة البايع والمشتري والمالك
والمبيع وقيام الثمن في يد البايع ليس بشرط فان اجازه المالك بعد قيام الاربعة جاز البيع وتكون
فتكون الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون البايع كالوكيل للمجيز والثمن للمجيز ان كان قايما فان هلك

اشتري شيئا ... [illegible]

نجيز

٤٥ في يده في يد البايع هلك امانة وقبل ان يجيز المالك اذا فسخ البايع البيع انفسخ لان حقوق العقد تنصرف
اليه فله ان يحترز من التزام العهدة وكذلك لو فسخه المشتري ينفسخ وفي باب النكاح لو ان
فضوليا خطب امراة لرجل بغير امره فزوجت المراة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح
موقوف علي اجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الاجازة ففسخه باطل لان حقوق
العقد لا تنصرف اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهي فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المراة
النكاح قبل الاجازة انفسخ ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع وله ان يسترد المبيع ويرجع
المشتري بالثمن علي البايع ان كان نقده ولو مات المالك قبل الاجازة انفسخ البيع ولا يجوز باجازة
ورثته وليس هذا كالقسمة عند ابي يوسف رحمه الله ولو ان مالا بين ورثة كبار كلهم يجبرون علي
قسمته اذا طلبها واحد منهم فاقتسموه بغير امر القاضي وبعضهم غايب فالقسمة موقوفة علي
اجازة الغايب فان مات الغايب قبل الاجازة فاجاز ورثته جازت القسمة عند ابي يوسف
استحسانا لانه لا فايدة في نقض القسمة لانها لو نقضت احتاجت الي الاعادة وقال محمد رحمه الله
القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته وهو القياس ولو مات البايع او المشتري قبل اجازة المالك
بطل البيع ايضا ولو هلك المبيع فانه ينظر ان كان هلاكه قبل التسليم الي المشتري فانه يبطل العقد لان
العقد النافذ يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والتسليم فلا يجوز بالاجازة فما ظنك بالعقد الموقوف
فانه اولي ان يبطل وان كان هلاكه بعد القبض فللمالك ان يضمن ايهما شا ان شا ضمن البايع
وان شا ضمن المشتري فايهما اختاره بري الاخر من حيث لا سبيل له عليه بحال لان تحت التمليك
لتضمينا فاذا ملكه من احدهما لا يقدر ان يملكه من غيره فان اختار تضمين المشتري بطل البيع
لان اخذ القيمة كاخذ العين وللمشتري ان يرجع بالثمن علي البايع ولا يرجع عليه بما ضمن وان اختار
تضمين البايع فانه ينظر ان كان قبض البايع مضمونا عليه نفذ بيعه بضمانه لان سبب ملكه
تقدم عقده وان كان قبضه امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم وقت العقد لا ينفذ بيعه بالضمان
لان سبب ملكه ما تاخر عن العقد ذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البايع وقيل
في وجه ظاهر الرواية انه اسلم او لا حتي صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن
دين فاما اذا باعه بثمن عين مما يتعين العقد اذا عينه فها هنا قيام الخمسة شرط للحوق الاجازة
اما الاربعة فما ذكرنا والخامس قيام العين وهو الثمن شرط ايضا فان اجاز المالك عند قيام الخمسة
جاز البيع ويكون الثمن للبايع دون المجيز وله ان يرجع علي البايع بقيمة ماله ان لم يكن له مثل ويرجع
عليه بمثله وانما كان كذلك لان الثمن اذا كان عرضا صار البايع مشتريا من وجه والشرا لا يتوقف
علي الاجازة اذا وجد نفاذا علي العاقد وههنا وجد النفاذ لان العاقد من اهله غير انه صار نافذا مال
غيره بغير امره في عقد عقده لنفسه فاذا اجازه مالكه صار مجيزا للنقد لا للعقد ولا كذلك اذا كان
الثمن دينا لانه يكون بايعا من وجه ولا يكون مشتريا من وجه فاذا اجازه صاحبه صار مجيزا للعقد
فكان بدله له ولو هلك واحد من هذه الاشيا الخمسة بطل البيع ولا يلحقه الاجازة بعد ذلك علي ما
ذكرنا **قوله** لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة يعني ان من حيث كلا منهما يثبت الحكم ويرفع
المانع **قوله** بخلاف الفضولي في النكاح اي ليس له ان يفسخ قبل الاجازة وقد مر بيانه **قوله** ثم الاجازة
اجازة نقد لا اجازة عقد اي الاجازة من المالك فيما اذا كان الثمن عرضا اجازة نقد اي اجازة ان ينقد
الفضولي ثمن العرض من مال المالك لا اجازة عقد موقوف لان العقد لازم علي الفضولي نافذ عليه لكونه
شرا فلا يحتاج الي اجازة العقد **قوله** في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن عرضا او دينا
قوله ولا يعلم حال المبيع اي لا يعلم ان المبيع باق او غير باق **قوله** قال ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولي البيع فالعتق جايز اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اغتصب من رجل عبدا من رجل
فاعتقه ذلك الرجل ثم ان مولي العبد اجاز البيع فالعتق جايز وان قطعت يد العبد

فباعه صح

ثم اجاز المولى البيع ولم يكن المشتري اعتقه فالبيع جايز ويكون ارش اليد للمشتري ويتصدق بما زاد
على نصف الثمن وان كان لم يقطع يده ولكن المشتري باعه ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز
البيع الثاني الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد فيه الاختلاف كما ترى والمذكور فيه
قول ابي حنيفة وابي يوسف والقياس انه غير جايز وهو قول محمد وزفر ذكره فخر الاسلام البزدوي
وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية على محمد عنه وزعم انه لا ينفذ فصار عنه روايتان فلاجل هذا
قال في المختلف وقول ابي يوسف مضطرب وقال الحاكم الشهيد في كتاب الغصب قال ابو
سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجي ثمه
وجه قول محمد ان العتق يفتقر على ملك ولا ملك قبل الاجازة في بيع الفضولي فوقع اعتاق المشتري
من الغاصب باطلا لعدم الملك حينئذ قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولو ثبت
الملك في الاخير عند الاجازة ثبت مستندا والثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه وهذا
القدر لا يكفي لصحة الاعتاق لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل يدل على هذا احكام منها اذا اعتق ثم ملك
باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه فاذا لم ينفذ اعتاقه فلان لا ينفذ اعتاق الذي سبق الملك من جهته اولى
ومنها ان المشتري اذا اعتق له او الخيار للبايع ثم اجاز البايع الى ان ينفذ العتق ومنها ان المشتري
من الغاصب لو باع من غيره ثم اجاز المالك بيع الغاصب لا ينفذ بيع المشتري منه فلما لم
ينفذ بيعه لم ينفذ اعتاقه بالطريق الاولى لان العتق احوج الى الملك من البيع الا ترى ان المكاتب
اذا باع صح واذا اعتق لم يصح فعلم بهذا ان البيع اسرع نفاذا من العتق ولهذا ينفذ بيع الغاصب
اذا ادى الضمان ومنها ان اعتاق المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملكه الغاصب
باداء الضمان واجاز العتق لا ينفذ ومنها ان الطلاق في نكاح الفضولي لا يتوقف حتى ان من زوج
امراة بلا اذنها من انسان فطلقها الزوج قبل الاجازة ثم اجازت المراة النكاح لا يقع الطلاق
بملكه والطلاق كما في النكاح كالعتق في الملك لانه لا طلاق الا في النكاح ولا عتق الا في الملك
فاذا لم يتوقف الطلاق عنه لا يتوقف العتق هنا ولابي حنيفة وابي يوسف ان الاعتاق
صادف ملكا موقوفا لوجود سبب للملك من الاهل مضافا الى المحل فيتوقف الاعتاق
ايضا بتوقفه فاذا تم الملك باجازة المالك تم الاعتاق ايضا قياسا على اعتاق المشتري
من الراهن بدون اجازة المرتهن ثم اذا اجاز المرتهن البيع نفذ اعتاق المشتري فكذا هذا
وكان القياس ان لا يتراخى الحكم عن السبب الا انه تراخى الى زمان الاجازة دفعا للضرر
عن المالك والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على التوقف والجواب عن المسايل فنقول اما الغاصب
انما لا ينفذ اعتاقه بعد اداء الضمان لان الغصب ليس بسبب للملك ليثبت الملك من ذلك الوقت مطلقا
بل ثبت الملك عند اداء الضمان مستندا الى ذلك الوقت ضرورة فلا يظهر في حق الاعتاق ولهذا يستحق
عند اداء الضمان الزوايد المتصلة لا المنفصلة بخلاف البيع فانه سبب موضوع لافادة الملك الا ان
الملك تراخى دفعا للضرر ولهذا يستحق المشتري عند الاجازة الزوايد المتصلة والمنفصلة جميعا لان
الملك ثبت مطلقا لا ضرورة اداء الضمان واما المشتري اذا اعتق والخيار للبايع ثم اجيز البيع
لم ينفذ الاعتاق لانه لا يصح بلا ملك والملك لم يثبت بهذا السبب لان شرط الخيار منع البيع
من ان يكون سببا للملك في الحال فلم يثبت الملك على التوقف لان الخيار منع انعقاد السبب
في حق الحكم وهو الملك بخلاف ما نحن فيه فان البيع وقع مرسلا غير مشروط بشرط الخيار فانعقد
في حق الملك ولكن على سبيل التوقف لما قلنا فتوقف ما هو من حقوق الملك ايضا وهو العتق
لانه معنى للملك واما المشتري من الغاصب اذا باع من غيره فاجيز البيع الاول لا ينفذ
البيع الثاني لان اثبات الملك للمشتري الثاني لا يمكن اصلا لا باتا ولا موقوفا لان المشتري
الثاني يتلقى الملك من المشتري الاول لا من المالك فاذا اجاز المالك البيع الاول ثبت الملك
للمشتري الاول باتا من كل وجه يظهر اثره في حق جميع الاحكام فاذا ثبت الملك للمشتري

الاول من كل وجه كان محالا ان يبقى الملك للثاني في حكم ما وهذا معنى قول مشايخنا رحمهم الله ان
الملك البات اذا طرى على الملك الموقوف رفعه قال في المبسوط وهذا المعنى فقهي وهو انه
لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا
يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله
مبطل للملك الموقوف بطرو الملك البات في المحل وفي صورة اعتاق المشتري من الغاصب
لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشتري وكان الولاء له واما المشتري
من الغاصب اذا اعتق ثم ملكه الغاصب بالضمان على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشتري
وكان الولاء له واما المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملكه الغاصب بالضمان فاجاز
الغاصب العتق قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف فيه اختلاف المشايخ والاصح
انه ينفذ واليه اشار في وقف هلال الراي فانه نفذ وقف المشتري من الغاصب اذا
ملكه الغاصب بالضمان والوقف نحو الارض كالاعتاق نحو العبد واما الطلاق في
النكاح الموقوف فلم يقع لانه لم يوجد الملك والقيد اصلا لانه يقتضي سابقة الملك فلو ثبت
الملك قبل الاجازة لثبت مقصودا لصحة الطلاق وملك النكاح لا يثبت مقصودا لصحة
الطلاق واما ملك اليمين جاز ان يثبت لصحة الاعتاق مقصودا وقد وجد السبب كذا ذكر
العالم رحمه الله **قوله** لما روينا اشارة الى قوله لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم **قوله** ان الملك ثبت موقوفا
احترازا عن البيع بشرط الخيار لان ثمة الملك لم يثبت اصلا لا موقوفا ولا باتا **قوله** بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك احترازا عن الغصب فانه لم يوضع لافادة الملك **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله في محله الى اخره **قوله** كاعتاق المشتري من الراهن يعني اشتراه منه بلا
اجازة المرتهن فاعتقه ثم اجازه المرتهن والجامع اعتاق في بيع موقوف **قوله** وينفذ اذا قضى الديون
اي ينفذ اعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة اذا قضى الوارث الديون بعد الاعتاق **قوله** وقران
الشرط به اي بالبيع **قوله** كذا ذكره هلال الراي ابن يحيى البصري صاحب الوقف والرازي تصحيف
كذا ذكره صاحب المغرب ورايت في بعض الكتب ان هلال بن يحيى اخذ العلم عن ابي يوسف
وزفر وله كتاب الشروط واحكام الوقوف **قوله** فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع
فالارش للمشتري هذه ثانية المسايل الثلث التي ذكرناها من الجامع الصغير والاولى اعتاق المشتري
من الغاصب والثالثة هي التي ذكرها بعد هذه وهي بيع المشتري من الغاصب من اخر اي ان
قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المولى بيع الغاصب
فارش اليد للمشتري فينبغي ان يعلم ان قطع اليد لا يمنع الاجازة لقيام المعقود عليه بخلاف
ما اذا قتل العبد او مات ثم اجاز المولى فانه لا يجوز لفوات المعقود عليه وذلك لان الملك يقع
بالاجازة فصار كانه باعه في الحال الا انه استند الاجازة الى العقد وحقيقة الملك تقع في
الحال فاذا كان هكذا لا يجوز الان يكون بحال استيناف العقد عليه كذا قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله انما كان ارش اليد للمشتري لان الملك ثبت له بعد الاجازة من وقت الشرا فظهر ان القطع
كان على ملكه فيكون الارش له وهذا لان البيع موضوع لافادة الملك فيثبت الملك له في المتصل والمنفصل
بخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده في يد الغاصب ثم ادى الغاصب الضمان حيث لا يكون الارش
للغاصب لان الغصب لم يوضع لافادة الملك وانما الملك يثبت مستندا الى وقت الغصب بطريق
الضرورة في المتصل لا في المنفصل ويتصدق المشتري من الغاصب بما زاد على ارش اليد على نصف
الثمن لانه استفاد في غير ملكه فكان ربح ما لم يضمن وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان ارش
اليد الواحدة في الحر نصف الدية والذي دخل في ضمان المشتري بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن

وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل وهذا اقوى وقال صاحب
الهداية او فيه شبهة عدم الملك لان الملك بعد الاجازة ثابت للمشتري بطريق الاستناد الى حال
البيع وذلك ثابت من وجه دون وجه فكان شبهة العدم فيتصدق بالفضل وفيه نظر لانه اذا
كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي ان يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وجوه قال فخر الدين قاضي خان
فان كان المشتري اعتق العبد فقطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد
قوله وهو حجة على محمد اي كونه ارش اليد للمشتري بعد الاجازة حجة عليه يعني لما تم الملك من
وقت الشرا حتى كان الارش للمشتري كان ينبغي ان ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب ايضا
عنده لان الاعتاق حينئذ يكون في الملك وجواب محمد عن هذا بان يقول الارش ليس كالاعتاق لان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش والثابت بالاستناد ملك من وجه دون وجه ولهذا اذا قطعت
يد المكاتب فاخذ الارش فرد في الرق فالارش للمولى وكذا اذا قطع يد العبد في يد المشتري والخيار
للبائع ثم اجاز فالارش للمشتري واما الاعتاق فلا يكفيه الملك من وجه لان المصحح للاعتاق هو الملك
الكامل ولم يوجد **قوله** بخلاف الاعتاق يتعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة انما لم ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو
الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه **قوله** على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل
قوله قال فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني وهذه الثالثة من
المسائل الثلث التي ذكرناها وانما لم يجز البيع الثاني لان الملك البات اذا طرى على الملك الموقوف ابطله
والى هذا اشار بقوله لما ذكرنا وفرق الزاهد العتابي بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ
بالاجازة وبين البيع الثاني حيث لا ينفذ باجازة البيع الاول وقال ان بالعتق ينتهي الملك والمنتهي
متقرر حكما وما كان متقررا للشي كان من حقوقه فلا يتوقف بتوقفه وحقيقة الفقه في ذلك ان
زوال الملك ضد الملك والشي لا يتوقف ضده واما العتق فمقرر للملك ومقرر الشي جاز ان يتوقف
بتوقفه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري لو اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان
العيب ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب **قوله** ولان فيه اي في البيع الثاني
انتهى **قوله** بخلاف الاعتاق عندهما اي ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة على قول
ابي حنيفة وابي يوسف وان كان فيه غرر ايضا على تقدير عدم الاجازة للبيع لان الغرر لا اثر له في
الاعتاق الا ترى ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز واعتاق العبد قبل القبض يجوز **قوله** قال فان لم
يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز ولم يذكر محمد هذه المسيلة في الجامع الصغير ولكن
ذكروها في شروحه وصاحب الهداية ايضا ذكرها تفريعا وذلك لان قيام المعقود عليه والعاقدين
والمجيز شرط للاجازة وقد فات المعقود عليه فلا يجوز الاجازة وقد بيناه في المسيلة الثانية **قوله**
بخلاف البيع الصحيح يتعلق بقوله لا يمكن ايجاب البدل للمشتري يعني في البيع الصحيح اذا قتل العبد
قبل القبض يمكن ايجاب البدل للمشتري فيكون البيع باقيا على قيمته والمشتري مخير فان اجاز
البيع كان كالبدل وهو القيمة له **قوله** قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على
اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اردّ البيع لانك بعتني بغير
امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان فلانا رب العبد اقر انه لم يامر البائع ببيعه
قال لا اقبل البينة على هذا وان شهدت الشهود على اقرار البائع نفسه انه باعه بغير امر رب العبد وهو
يجحد لم اقبل بينته وان اقر البائع باقرار عند القاضي انه باعه بغير امره ابطل البيع ونقضه اذا اراد ذلك المشتري
ايضا اصل الجامع الصغير الشراء دليل على صحة الشراء وان البائع مالك المبيع ثم

دعواه

دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشرا وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض فلم
تسمع البينة على اقرار البائع انه كان بغير امره وعلى اقرار رب العبد انه لم يامره وان اقر عند القاضي
نقض البيع اذا طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر
به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة نافذة في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذلك
شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما قال في الزيادات في الباب الثالث من الكتاب على
ترتيب محمد ان ادعى المشتري اقرار البائع بملك المستحق قبلت بينته لان هذه البينة انما قامت على
وجود رد الثمن بقصد الا ان اقراره بملك المستحق اقرار منه بوجوب رد الثمن وهذا اثبات امر غير ثابت
قال صاحب الهداية وفرقوا ان العبد في هذه المسيلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق
وشرط الرجوع بالثمن الا ان تكون العين سالما للمشتري اي فرقوا المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات
فقالوا ان العبد في مسيلة الجامع الصغير في يد المشتري فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع او من رب العبد ان البيع
بغير امر كان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشتري والعين هنا سالمة له
لانها في يده وفي مسيلة الزيادات العبد في يد المستحق فوجد شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا في هذا الفرق
نظر لان وضع المسيلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا ان العبد في يد المستحق
فلا نسلم ان البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى البينة على صحة الدعوى
فلم تصح البينة والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع في
مسيلة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسيلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد
البيع فلم يلزم التناقض فقبلت بينته وهذا محمل صحيح ولهذا لم تقبل البينة في الزيادات ايضا في اخر الكتاب
في الباب الذي يلي بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيئا لرجل من رجل
ثم قال البائع ان صاحبه لم يامرني به وقال المشتري بل امر به او قال المشتري لم يامرك به وقال
البائع بل امرني به فان القول قول الذي يدعي الامر لان المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته فاذا
ادعى احدهما خلاف ذلك بطل التناقض ولانه سعى في نقض ما اوجبه فبطل فان اراد المدعي منهما
الفسخ ان يقيم البينة على اقرار صاحبه ان صاحب المال لم يامر بالبيع او اراد يمين صاحبه على ذلك
لم يكن له شي من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما ينبني على ذلك فان تصادقا ان البيع وقع
بغير امر صاحب المال فسخ القاضي البيع بينهما لانهما ان صدقا فالبيع لهما والى كل واحد منهما فسخ البيع الموقوف
وان كذبا فسخاه في حقهما وجعل كالبيع للمشتري في حق صاحب المال فلا يلحقه ضرر فوجب العمل بصحة
اقرارهما ومعنى فسخ القاضي ان يمضي حكم اقرارهما فاما ان يتوقف فسخهما عليه فلا بل لكل واحد منهما
حق الفسخ فان حضر صاحب المال فصدقهما فيما زعما نفذ الفسخ وان كذبهما وقال كنت امرت ببيعه فالبيع تام في حقه
والفسخ باطل في حقه ولكن ذلك جعل صحيحا في حق العاقدين واقالة وبيعا جديدا في حق غيرهما ويبطل الثمن عن
المشتري للامر لان الفسخ ابطال له وهو مالك لذلك في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والبائع يضمن لصاحب
المال مثله وعند ابي يوسف رحمه الله الثمن باق على المشتري للامر والامر هو الذي يستوفيه منه والباقي يعلم في الزيادات
قوله في هذه المسيلة اي في مسيلة الجامع الصغير وفي تلك مسيلة الزيادات قوله ومن باع دار الرجل
فادخلها المشتري في بنايه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وقوله فادخلها المشتري
في بنايه من الخواص وبناها على ان الغصب في العقار لا يتحقق في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف المرجوع
اليه وعند محمد يتحقق وتفسيره اذا غصب دارا فانهدمت او ارضا فانتقصت وسياتي بيان الخلاف
في غصب العقار في الغصب ان شاء الله تعالى قال فخر الاسلام ومعنى المسيلة اذا باعها ثم عرفت بالغصب وكذبه

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وتمم بالخير وصلى الله على سيدنا محمد وسلم

باب السلم

لما فرغ من بيان انواع البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في
العوضين ولا في احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم والصرف لان السلم يشترط
فيه قبض احد العوضين في المجلس والصرف يشترط فيه قبض العوضين جميعا في المجلس وقدم
السلم على الصرف لان الشرط في السلم قبض احد العوضين وفي الصرف قبضهما والترقي ابدا يكون
من الادنى الى الاعلى قال صاحب التحفة البيع اربعة انواع احدها بيع العين بالعين كبيع
السلع بانواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثاني بيع العين
بالدين نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والعددي
المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم
والدنانير وانه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه ان شا الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين
وهو السلم فان المسلم فيه مبيع وهو دين وراس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ولكن قبضه
شرط قبل افتراق العاقدين بانفسهما فيصير عينا ثم القياس ان لا يصير السلم مشروعا لكونه بيع
المعدوم ولكنه شرع رخصة لضرورة حاجة المفاليس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وقد روى صاحب السنن فيه باسناده الى بن عباس
رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم كذا روى البخاري ايضا وفي رواية في الصحيح البخاري عن بن عباس
رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اسلف في شي ففي كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم واما تفسير السلم فهو ما قال صاحب التحفة بقوله هو عقد يثبت الملك
في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا لما فيه من تسليم راس المال
للحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا ايضا مع زيادة شرايط ورد الشرع بها لم يعرفها اهل
اللغة ثم هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم اخذ عاجل باجل لان السلعة
اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لم يرد الاعتراض
وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او
قال اسلفت وقال الاخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ايضا ويسمى
الاخر المسلم اليه ولو قال المسلم اليه لاخر بعت منك كر حنطة بكذا وذكر شرايط السلم ينعقد
ايضا لان السلم نوع بيع واما شرايط السلم فسنذكرها عند قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة
رضي الله عنه الا بسبعة شرايط واما حكم السلم فهو ثبوت الملك لرب السلم في المسلم
اليه موجلا بمقابلة ثبوت الملك في راس المال المعين او الموصوف للمسلم اليه معجلا بطريق
الرخصة دفعا لحاجة الناس **قوله** اجل السلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة
وهي من الصفات المقررة لا المميزة كقوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا وكقولهم
الحبشي الاسود والكافور الابيض وهذا لان المسلم فيه واجب في الذمة لا محالة **قوله** واذن فيها
اي في السلف وانما انث الضمير على تاويل المعاينة ومثل ذلك جايز كما روى صاحب
الجمهرة عن ابي حاتم عن الاصمعي قال قال عمرو بن العلا سمعت اعرابيا يمانيا يقول
فلان لغوب جاته كتابي فاحتقرها فقلت اتقول جاته كتابي فقال اليس بصحيفة
فقلت له ما اللغوب فقال احمق **قوله** نزلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين

اي اذا داين بعضكم بعضا يقال داينت الرجل اذا عاملته بدين معطيا او اخذا كما تقول
بايعته اذا بعته او باعك قال رؤبة • داينت اروى والديون تقضى • فمطلت بعضا
وادت بعضا • والمعنى اذا تعاملتم بدين موجل فاكتبوه وفايدة قوله مسمى ليعلم ان من حق
الاجل ان يكون معلوما وعن بن عباس رضي الله عنهما ان المراد به السلم وقال لما حرم الله
الربا اباح السلف وعنه اشهد ان الله اباح السلف المضمون الى اجل معلوم في كتابه
وانزل فيها اطول اية كذا في الكشاف **قوله** قال وهو جايز في المكيلات والموزونات
اي قال القدوري في مختصره ان السلم جايز في كل كيلي ووزني لقوله عليه السلام من اسلف
في شي ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاصل هنا ان ما يمكن ضبطه ويعلم
قدره يجوز السلم فيه وما لا فلا والكيليات بهذه المثابة فجاز السلم فيها وكذا الموزونات
ولكن المراد بالموزونات سوى الدراهم والدنانير لانها اثمان لا تتعين بالتعيين عندنا والمسلم
فيه مثمن يتعين بالتعيين فلم يجز السلم فيها ثم اختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير قال
بعضهم هو باطل لما قلنا وهو الاصح وقال بعضهم ينعقد بيعا بثمن موجل لتحصيل غرض العاقدين
بقدر الامكان واختلافهم فيما اذا اسلم غير الاثمان فيها كالحنطة ونحوها في الدراهم والدنانير اما
اذا اسلم الاثمان فلا يجوز لانتفا ركنه واما الذرعي فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبواري
ونحوها اذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال في الايضاح والقياس ان لا يجوز
السلم في الثياب لانها ليست من ذوات الامثال الا ترى انه لا يضمن مستهلكها المثل
وانما جوزناه استحسانا لان الثياب مصنوع العبد والعبد يصنع بالالة فاذا اتحد الصانع
والالة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات
ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا
وجب عليه الضمان وقال في الايضاح ايضا ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج
اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج
كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه واما
العددي المتقارب وهو الذي لا يتفاوت احاده في المالية كالجوز والبيض فيجوز السلم فيه
الا ترى انه لا يشترى بعضه بدانق والاخر بفلس فعلم ان التفاوت مهدر عرفا قال في شرح
الطحاوي وصغير البيض وكبيره سوا بعد ان كان من جنس واحد ثم كما يجوز السلم في العددي
المتقارب عددا يجوز كيلا ايضا عندنا وقال زفر لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في
الاحاد ولنا ان التفاوت يسير وقد اهدر ذلك في اصطلاح الناس وقال في وجيزهم
ولا يكفي العد في المعدودات بل لا بد من ذكر الوزن ثم عندنا يجوز السلم في بيض النعام ايضا
في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز لتفاوت في
المالية بين احادها واما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابي يوسف ما اختلف
احاده بالقيمة واتفق اجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدرر والجوهر واللالي والادم والجلود
والخشب والروس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود
والادم والخشب والجذوع شيئا معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما واتى بجميع شرايط السلم
والنخل بالتقارب يجوز وكذا السلم في الجوالق والمساتق والفرا كذا في التحفة فان قلت
السلم ثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم وما ثبت بخلاف القياس فغيره لا يقاس عليه

كيلا لانه عددي لا كيلي وروى عن زفر لا يجوز صح

وقد ورد النص في الكيلي والوزني فينبغي ان لا يجوز السلم في الذرعي والعددي المتقارب قلت
انما جاز السلم فيها استحسانا لا قياسا او نقول ثبت الحكم دلالة لان بذكر الكيل والوزن امكن
التسليم علي ما وصف فكذا بذكر الذرع والعد فان قلت الصريح اقوي من الدلالة وقد صرح رسول
الله صلي الله عليه وسلم بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان فينبغي ان لا يجوز السلم في العددي
والذرعي قلت ذاك عام مخصوص خص منه الكيلي والوزني فنخص المتنازع ايضا لكونه في معناه
قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم فيها عددا وهو ظاهر الرواية وروي عن محمد رحمه الله
انه ابطل السلم فيها لانه ثمن والسلم في الاثمان لا يجوز كذا ذكر في شرح الطحاوي وجه قولهما ان
الثمنية في الفلوس في حقهما ثبتت باصطلاحهما العدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطال
اصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية بقي مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وهذا معني قوله
وقد ذكرناه من قبل اي في باب الربا في مسيلة بيع الفلس بالفلسين قوله فلا يجوز السلم
في الحيوان هذا لفظ القدوري رحمه الله اعلم ان السلم في الحيوان باطل عندنا وعند الشافعي رحمه
الله يجوز اذا ذكر النوع واللون والذكورة والسن بان يقال عبد تركي اسمر ابن سبع طويل او
قصير او ربعة ويقال في البعير ثني احمر من نعم بني فلان غير ناقص الخلقة ويتعرض في الخيل
للسن واللون والنوع ويتعرض في الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة كذا ذكر
في وجيزهم وجه قوله ان المعتبر في عقد السلم ان يكون المسلم فيه معلوما مضبوطا فبذكر الجنس
والنوع والسن والوصف يحصل العلم فبعد ذلك لا يبقي الا تفاوت قليل وذلك ساقط
العبرة كما في الثياب فيجوز السلم ولنا ما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار قال
حدثنا ابو بشر الرقي قال حدثنا شجاع ابن الوليد عن سعيد بن عروبة عن ابي معشر عن
ابراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال السلف في كل شيء الي اجل مسمي لا باس به ما خلا
الحيوان وحدث الطحاوي ايضا باسناده الي سعيد بن جبير قال كان حذيفة يكره السلم في
الحيوان وحدث الطحاوي ايضا عن نصر بن مرزوق عن الخصيب عن حماد عن حميد عن
ابي نضرة انه سال ابن عمر عن السلف في الوصفاء فقال لا باس به فقلت ان امراءنا
ينهوننا عن ذلك قال فاطيعوا امراءكم وامراؤنا يومئذ عبد الرحمن بن سمرة واصحاب
النبي صلي الله عليه وسلم فعلم بهذا ان السلم في الحيوان لا يجوز ولان الاصل في عقد السلم ان لا يجوز
لكونه بيع المعدوم الا انه جوز رخصة فيما يعلم وينضبط به فبعد ذكر ما قال الخصم بقي
في الحيوان تفاوت فاحش في المالية باعتبار الاوصاف والخصايص التي تزيد في القيمة
حتي ان فرسا يشتري بضعف ما يشتري الاخر وان استويا في النوع واللون والسن
لمعني في احدهما من حسن المشي والعدو ونحو ذلك دون الاخر وكذلك في ساير
الحيوانات من العبيد والاماء والبعران فاذا كان التفاوت فاحشا لم يجز السلم لافضايه
الي المنازعة لان الاسباب وضعت لرفع المنازعة فبقي الحكم في الحيوان علي الاصل وهو
عدم الجواز بخلاف الثياب لان فيها بعد ذكر الذرع والصفة والنوع لا يبقي الا تفاوت
يسير يتحمل ذلك في المعاملات كما مر بيانه لان الصانع والالة اذا اتحدا يتحد المصنوع
وليس الحيوان كذلك لان ما يحدث فيه يحدث باحداث الله من غير صنع العباد
بلا الة ولا مثال فظهر الفرق فان قلت روي الطحاوي ايضا باسناده الي رافع ان رسول
الله صلي الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة

فامر ابا رافع

فامر ابا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال
اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل ذلك علي ثبوت الحيوان في الذمة قلت
قال اصحابنا ان ذلك لم يكن فرضا ثابتا في ذمة رسول الله صلي الله عليه وسلم فلو كان كذلك
لم يقض من ابل الصدقة لان الصدقة حرام علي رسول الله صلي الله عليه وسلم فكيف يجوز
ان ياخذ حيوانا حتي يعطي حيوانا اخر بمقابلته نسيئة وقد حدث صاحب السنن باسناده
الي سمرة عن النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قالوا يحتمل انه
استسلف زكاة لحال الحول ولا زكاة علي المستسلف فقضاه من حق الفقراء ويكون استقرض
للمسلمين فثبت القرض في بيت المال لا في ذمته فثبت مع الجهالة فان قلت قد حكم
رسول الله صلي الله عليه وسلم في الدية بمائة من الابل وفي الجنين بغرة عبدا او امة فثبت
بذلك ان الحيوان يجب في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلي الله عليه وسلم ايضا ان بيع
الحيوان بالحيوان نسيئة لا يجوز فعلم ان الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد اصلان متعارضان
وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم
قياسا علي بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لم يكن بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في
الذمة كالتزويج او الخلع علي عبد وسطا وامة وسطا قياسا علي ابل الديات وغرة الجنين
قوله قال ولا في اطرافه اي قال القدوري ولا يجوز السلم ايضا في اطراف الحيوان كالرؤوس
والاكارع لانها عدديات متفاوتة لاختلافها بالصغر والكبر والسمن والهزال والعددي
المتفاوت كالبطيخ والرمان ونحو ذلك لا يجوز السلم فيه للجهالة فكذا هذا والاكارع جمع كراع
الشاة والبقر وتجمع علي اكرع ايضا وفي المثل تعطي العبد الكراع فيطمع في الذراع قوله قال
ولا في الجلود عددا ولا في الرطبة جرزا اي قال القدوري في مختصره وعند مالك يجوز السلم
في الجلود عددا وكذا رؤوس الحيوان وعندنا لا يجوز ذلك ما لم يبين طولها وعرضها وصفتها
وكذا يجوز في الرؤوس اذا بيعت وزنا والمسيلة عرفت في المختلف له انه لا تفاوت فيها
قلنا لا نسلم بل فيها تفاوت فاحش ونقل في الخلاصة عن شرح الشافي فقال ولا باس بالسلم
في القت وزنا ولا خير في السلم في الرطبة ولا في الحطب حزما وجرزا او وقارا ولا في السلم في
في جلود الابل والبقر والغنم ولا في الاوراق والادم الا ان يشترط من الورق والادم ضربا
معلوما الطول والعرض والجودة وقال في الشامل في نسج المبسوط ولا يجوز السلم في كل عددي
يتفاوت عددا كالبطيخ والاواني والجذوع والحطب احمالا لان التفاوت فيه فاحش
فيطلب الطالب خيرا مما ياتي به المطلوب فلا تنقطع المنازعة فاذا علم بعض هذه الاشيا
طولا وعرضا جاز لعدم الجهالة المفضية الي المنازعة وقال في الشامل ايضا ولا خير في
السلم في الرطبة لانها تباع حزما فانها متفاوتة ايضا كالرمان ويجوز في القت لانه يباع وزنا
قال في الجمهرة وكل شيء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب وقال
صاحب ديوان الادب الرطبة القضب والجرز بالجيم المضمومة والرا المفتوحة المهملة
بعدها الزا المعجمة جمع جرزة وهي الحزمة واما الجرز بكسر الجيم والزايين المعجمين فهي جمع جزة
وهي الصوف المجزوز وليس هذا موضعه قوله قال ولا يجوز السلم حتي يكون المسلم موجودا
من حين العقد الي حين محل الاجل اي قال القدوري في مختصره وفايدة هذا اللفظ ان يشترط
وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما حتي لو كان منقطعا عند العقد او عند

اوعند المحل او فيما بينهما لا يجوز السلم ولقب المسيلة ان السلم في المنقطع لا يجوز عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله فانه يقول يشترط وجوده عند المحل فحسب لثبوت القدرة على التسليم والعجز
قبل ذلك لا يعتبر لانه ليس باوان توجه المطالبة ولنا ما روي ابو داود في سننه
باسناده الي بن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلفوا في النخل حتى
يبدو صلاحه وقد شرط عليه السلام لصحة السلم وجود المسلم فيه حال العقد وهو حجة على
الخصم ولان القدرة على التسليم في البيع شرط وفيما كان منقطعا في بعض هذه الاوقات التي
ذكرناها لا يوجد القدرة على التسليم لانه لا بد للقدرة على التسليم من الاكتساب فلا يقدر المسلم
اليه على اكتساب المنقطع وقوله القدرة على التسليم عند المحل موجودة قلنا انما يكون القدرة
حينئذ موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت وفي بقايه حيا شك فلا تثبت
القدرة بامر مشكوك فان قال الاصل هو الحياة وما ثبت يبقى الى ان يوجد دليل الزوال
قلنا الاصل يعتبر لابقاء ما كان على ما كان والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الاصل لاثبات
شيء يوجد في المستقبل قال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه ابو بكر البلخي
ان لا يوجد في سوقه الذي يتجر ويباع فيه وان كان قد يوجد في البيوت **قوله** ولو انقطع بعد
المحل فرب السلم بالخيار ان شا فسخ السلم وان شا انتظر وجوده ذكره تفريعا لمسيلة القروز
قال في الايضاح فان اسلم فيما هو موجود الى حين حلول السلم فلم يقبض حتى انقطع فالسلم
صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شا فسخ العقد وان شا انتظر وجوده لان العقد قد
صح ولكنه عجز عن التسليم فتثبت له حق الفسخ لان المسلم فيه بمنزلة المبيع العين فصار
بمنزلة اباق العبد يعني قبل القبض والمحل بكسر الحا مصدر قولهم حل الدين **قوله** ويجوز السلم
في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما وهذه من مسايل الجامع الصغير قال صاحب التحفة
فاما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن اصحابنا في الاصل والنوادر والصحيح
من المذهب ان السلم يجوز في السمك الصغار وزنا وكيلا ويستوي فيه المالح والطري في حينه
واما الكبار ففيه روايتان عن ابي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيف ما كان وفي رواية ابي يوسف
في الامالي عنه انه لا يجوز وعلى قول ابي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم وفي رواية
اخرى عنهما لا يجوز بخلاف الكمالي هنا لفظه رحمه الله وهما فرقا بينه وبين اللحم لان اذا اشترط
مكانا معلوما من الشاة وهذا المعنى لا يوجد في السمك فصار كالسلم في مسالخ الغنم وابو
حنيفة انما لم يجوز في اللحم لاختلافه سمنا وهزالا وصغار السمك لا يختلف في هذا المعنى
ولا يختلف باختلاف العظام لان عظامه توكل معه فجاز العقد واما الكبار فتختلف
باختلاف السمن والهزال كاللحم ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر
فيه فصار كالصغار قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز السلم في السمك الطري الا ان يكون في حينه ضربا معلوما قال الفقيه ابو الليث
السمرقندي قال بعض الناس هذا الحرف خطا يعني قوله في حينه لان السمك صيد والصيد
لا يكون له حين ففي كل وقت يمكن صيده ثم قال الصحيح ما ذكر في الكتاب لان صفة
الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق والسمك الطري ربما يوجد في السوق وربما لا يوجد
فان اسلم في وقت يوجد في السوق جاز السلم وان اسلم في وقت لا يوجد في السوق
لا يجوز والحاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلوا اما ان كان طريا

او ما لحا

او مالحا ولا يخلوا اما ان يسلم عددا او وزنا فان اسلم فيه عددا طريا كان او مالحا لا يجوز لانه متفاوت
فان اسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد في حينه والاجل في
حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا قال ابن دريد سمك مليح ومملوح ولا يلتفت
الى قول الراجز بطعمها المالح والطريا ذاك مولد لا يوخذ بلغته وقال في ديوان الادب ملح القدر
طرح الملح فيها بقدر فعلى هذا يجوز ان يقال سمك مملوح **قوله** ولا خير نفي الجواز على سبيل المبالغة
لانه نفي جنس الخير فيفهم منه نفي الجواز بكل الوجوه لانه نفي الخير اصلا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى
قوله للتفاوت **قوله** وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في لحم الكبار منها اي من السمك
وهي رواية الامالي وقد مر انفا **قوله** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من
اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز وهذه من مسايل الجامع الصغير فعندهما يجوز السلم
في اللحم اذا بين الجنس بان قال لحم شاة والسن بان ثني والنوع بان قال ذكر والصفة
بان قال سمين والموضع بان قال من الجنب والقدر بان قال عشرة امنا ووجه قولهما
انه اسلم في موزون معلوم فجاز السلم فيه كساير الموزونات الا ترى ان غاصب اللحم اذا
اتلفه يضمن المثل وزنا ويجوز استقراضه وزنا ايضا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطير
فانه لا يجوز السلم فيه لانه لا يمكن وصف موضع منه لقلة لحمه ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان
احدهما انه يختلف بقلة العظم وكثرته فيثبت الجهالة وهي تودي الى المنازعة فلا يصح
السلم مع الجهالة لافضايه الى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف
وهي رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة والثاني انه يختلف باختلاف السمن والهزال
لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة فلا
يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع
عنه وهذا الوجه هو الاصح وقولهما ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذاك ممنوع على مذهب
ابي حنيفة رضي الله عنه بل على مذهب ابي حنيفة يضمن القيمة الا ترى الى ما قال في
الجامع الكبير في باب من الاستحقاق في البيع ولو ان رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جا
انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم
قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسيلة كان للمغصوب منه
ان يضمنه قيمة اللحم نص على ان اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية انه من ذوات
القيم وليس بمثلي الا في هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى
يضمن اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورايت وسيط غصب المنتقى روى ابو يوسف عن
ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع الاستقراض وزنا ايضا فنقول فالفضل بينهما
ولين سلمنا ان اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علي الاسبيجابي
رحمه الله ان اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة اذا انقطع عن ايدي الناس فنقول
ذاك باعتبار ان المثل اعدل من القيمة لان الاصل في ضمان العدوان المماثلة والمماثلة في مثل
الشي صورة ومعنى فيكون اعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم
كالسلم فيه لان السلم لا يكون الا موجلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على اي حال يكون من
السمن والهزال بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معاين فلا يقع المنازعة
فيه بخلاف السلم فظهر الفرق وقولهما موزون يصح السلم فيه كالموزونات قلنا

بينتقض ذلك بالمشوي والمطبوخ قال والاجزاء من الحيوان فيجوز السلم فيه كالشحم والالية
جوابه ان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ظاهر لان الاصل لا تفاوت فيه لانه لا يكون
شحم اسمن من شحم ولا يوجد فيه عظم بخلاف الفرع قال الولوالجي في فتاواه ولا خير في
السلم في شي من الطيور ولا في لحومها لانه سلم في الحيوان وان كان هذا الحيوان لا يتفاوت لان
العصفور لا يتفاوت فصار كالعدديات المتقاربة الا انه بمعنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا
يحبس للتوالد وقد يمكن اخذه وقد لا يمكن بخلاف السمك الطري في حينه لان امكان
الاخذ في السمك راجح فكانت العبرة لامكان الاخذ لا لحقيقة الاخذ واما لحومها فمن
مشايخنا من قال انه لا يجوز اذا اسلم عددا اما اذا اسلم وزنا يجوز عندهما كما في اللحم والصحيح
انه لا يجوز عددا او وزنا عندهم جميعا لان المراد من لحم الطيور طيور لا تقتنى ولا تحبس
للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع ولا كذلك سائر اللحوم واما اذا اسلم
وزنا فيما تقتنى وتحبس للتوالد تكلم المتاخرون فيه فمنهم من قال على الاختلاف كما لو اسلم في اللحم
ومنهم من قال يجب ان يكون بالاتفاق يجوز وهو الصحيح وابو حنيفة رضي الله عنه يقول بينهما
فرق والفرق ان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم وفي الطيور تفاوت لا عبرة بها عند
الناس فانه لا يجري المماكسة فكان بمنزلة عظم الالية وعظم السمك الى هنا لفظ كتابه رحمه الله
قوله قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان سلم الحال وهو السلم
بغير اجل لا يجوز عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز السلم حالا او مؤجلا له ما روي عنه عليه
السلام انه رخص في السلم ولان الاجل شرع ترفيها وتيسيرا رخصة وشرع الرخصة لا ينافي العزيمة
ولنا ما روي في السنن مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم رسول الله صلى الله
عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في التمر سنتين والثلث فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وقد اشترط
رسول الله صلى الله عليه وسلم الاجل كما ترى ولان عقد السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس
بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم فلابد من بيان الاجل اذن حتى يكون قادرا على اداء السلم فيه بالاكتساب في تلك
المدة فاذا لم يوجد الاجل لا يوجد القدرة ويثبت العجز عن الاداء فلا يصح السلم بلا اجل ولان
سلم الحال لو جاز لا يخلو اما ان كان المسلم اليه قادرا على التسليم في الحال او لم يكن قادرا فان
كان قادرا لا يجوز السلم لان السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس الى بيع ما ليس عندهم
على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في السلم والرخصة استباحة الشي
مع قيام دليل الحرمة للضرورة ولا ضرورة هنا الى شرعه لانه لما كان قادرا امكنه
الوصول الى الثمن بطريق اخر غير السلم وان لم يكن قادرا على التسليم في الحال لا
يجوز سلم الحال ايضا لوجهين اما لافضائه الى المنازعة لان رب السلم يطالبه بالتسليم
في الحال بحكم العقد والمسلم اليه يمتنع اليه بحكم العجز والمنازعة مفسدة للعقد واما لعرا
العقد عن مقصوده لان المقصود منه التسليم والتسلم فاذا كان المسلم اليه عاجزا امتنع
المقصود فيفسد العقد لامتناعه والجواب عما روي انه عليه السلام رخص في السلم
فنقول ذلك يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن
لا ضرورة في سلم الحال لانه ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض

والمقصود

والمقصود وقد مر بيانه فان قلت معاوضة محضة فلا يكون التاجيل فيها شرطا كما في بيوع الاعيان
قلت يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم فانه يشترط الاجل فيها ويبطل ايضا بالسلم في المعدوم
قوله لم يوجد المرخص اراد بالمرخص للسلم عجز المسلم اليه قوله فبقي على النافي اي بقي الحكم
على النافي وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وهذا لان دليل
الرخصة لم يوجد لوجود القدرة على الاداء قوله قال ولا يجوز الا باجل معلوم اي قال
القدوري في مختصره وذلك لما روينا في حديث ابن عباس رضي الله عنهما الى اجل معلوم ولان
الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد معها كما في البيع فلابد من تعيين الاجل قال
صاحب التحفة ثم لا رواية عن اصحابنا في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات
منهم والاصح ما روي عن محمد رحمه الله انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل الى هنا
لفظ التحفة وقال صاحب الايضاح وتقدير الاجل الى المتعاقدين فان قدرا نصف يوم
جاز وبعض اصحابنا قدروا اقله بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وانه ليس بصحيح لان
التقدير ثمة بالثلث بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر قوله وقيل ثلثة ايام وهو المروي
عن الشيخ ابي جعفر احمد ابي عمران استاذ الطحاوي رحمه الله وقال الصدر الشهيد في
طريقته المطولة والصحيح ما روى الكرخي انه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه قوله
والاول اصح اي تقدير الاجل بشهر هو الاصح لما مر انفا قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل
بعينه ولا بذراع رجل بعينه وهكذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
معناه لا يعرف مقداره بعينه يعني اذا كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز لجواز
ان يهلك ذلك فيعجز عن التسليم بخلاف بيع العين فانه يجوز لان فيه تعجيل القبض فيندر
الهلاك وقد مر في اول البيوع وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي ولو اعلم قدره بملء
هذا الاناء لم يجز اذا كان لا يدري كم يسع فيه بخلاف العين فانه اذا قال بعت منك من
هذه الصبرة بملء هذا الاناء بدرهم ولا يدري كم يسع في الاناء فالبيع جائز وروى الحسن
بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال لا يجوز بيع العين ايضا لانه بيع ليس بمجازفة
ولا مكايلة وبيع الحنطة انما يجوز على احديهما وقيل هذا اذا كان الاناء من حديد او خزف
او خشب او ما اشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان فاما اذا كان الاناء يحتمل الزيادة
والنقصان كالزنبيل والجوالق والغرارة وما اشبه ذلك فانه لا يجوز بيع العين ايضا الا ان
ابا يوسف استحسن في قرب الماء واجازه وان كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو ان
يشتري من سقاء كذا قربة من ماء هذه القربة وعينها جاز البيع فيه وان كان السلم وزنا
فينبغي ان يعلم قدره يؤمن فقده من ايدي الناس وان اعلم بوزن هذا الحجر ولم يعلم ما وزنه
لانه يجوز السلم ويجوز في بيع العين واذا كان السلم ذرعا فينبغي ان يعلم ذرعه بقدر يؤمن
فقده من ايدي الناس فان اعلم بخشبة بعينها ولا يدري كم هي او بذراع يده فلا يجوز السلم
لجواز ان تهلك الخشبة او الرجل فلا يدري ما اسلم فيه وفي بيع العين يجوز الكل من شرح
الطحاوي يقال كبس النهر اي طمه قوله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
اي قال القدوري في مختصره وجملة القول فيه ايضا ما قال في شرح الطحاوي ولا يجوز
السلم في طعام من موضع بعينه لانه ورد فيه الخبر وهو ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه سئل عن السلم في تمر فلان فقال اما من تمر حايط فلان فلا ارايت لو اذهب

الله ثمرة فيم يستحل احدكم مال اخيه فنهي عن ذلك وكذلك اذا اسلم في حنطة سمرقند او في حنطة
اسبيجاب فان السلم لا يجوز لانه موهوم انقطاعه عن ايدي الناس فيصير عقد السلم معقودا
علي خطر الفسخ فلا يجوز ذلك وكذلك لو اسلم في حنطة هراة لا يجوز للمعنى الذي ذكرنا ولو اسلم في
ثوب هراة واتي بجميع شرايط السلم فانه يجوز والفرق بينهما ان اضافة الحنطة الي هراة ليس
بتقييد بيان الجنس والنوع وانما يفيد تخصيص البقعة والمكان فيحصل السلم في موهوم انقطاعه
فلم يجز الا تري ان السلم يجوز في الحنطة من غير ان يضيفها الي هراة واما في الثوب فان اضافته
الي هراة تفيد بيان الجنس والنوع ولا يكون لتخصيص المكان والبقعة الا تري ان السلم في
الثوب لا يجوز بغير ذكر الهروي والمروي فان المسلم اليه اذا اتي بثوب نسج في غير ولاية
هراة من جنس الهروي فانه يجوز ويجبر رب السلم علي قبوله فثبت ان ذكر هراة في حال
ذكر الثوب عبارة عن بيان جنسه وذكر هراة عند ذكر الحنطة عبارة عن تخصيص البقعة ولو اسلم
في حنطة العراق او في حنطة خراسان فالسلم جايز لان العراق اسم ولاية وكذلك خراسان يوهم
انقطاعها من ايدي الناس في عامة الولاية فجاز ولو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم
باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الي وقت المحل شرط لصحة
السلم الكل من شرح الطحاوي ولم يعبر لفظه للتبرك به **قوله** ولو كانت النسبة الي قرية لبيان
الصفة يعني لبيان الجودة فلا باس به علي ما قالوا اي علي ما قال المشايخ كالخشمراني ببخارا
وهو نوع من الحنطة يسمي بذلك ثمة والبساخي بفرغانة وهو ايضا نوع من الحنطة
عندهم وكذا اذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما اذا قال زندنيجي يجوز لان
الثوب الزندنيجي ما ينسج علي صفة معلومة سوا نسج في تلك القرية او غيرها قال في خلاصة
الفتاوي لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمراني ببخارا فانه يذكر
لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع **قوله** قال ولا يصح
السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرايط اي قال القدوري في مختصره ولا يصح السلم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرايط يذكر في العقد جنس معلوم ونوع معلوم وصفة
معلومة ومقدار معلوم واجل معلوم ومعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق
العقد علي مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا
كان له حمل ومونة وقال ابو يوسف ومحمد لا يحتاج الي تسمية راس المال اذا كان معينا
ولا الي مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد اعلم ان شرايط صحة السلم سبعة عشر
ستة في راس المال واحد عشر في المسلم فيه اما التي في راس المال فاحدها بيان
الجنس انه دراهم او دنانير او من ساير الموزونات كالحديد والقطن ونحو ذلك
او من المكيلات كالحنطة والشعير والثاني بيان النوع انها بخارية او سمرقندية اذا
كان في البلد نقود مختلفة فاذا لم تختلف فذكر الجنس كاف وينصرف الي نقد البلد
والثالث بيان الصفة من الجودة والرداة والوسط والرابع اعلام قدر راس المال اذا
كان العقد يتعلق بالمقدار كالمكيل والموزون والعددي المتقارب علي قول ابي حنيفة
وسفيان وهو احد قولي الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد ليس بشرط وهو احد قولي
الشافعي واما اذا لم يتعلق العقد بالمقدار كالثوب فلا يشترط اعلام القدر ويكتفي
بالاشارة والتعيين في الذرعيات في قولهم وذلك لان الذرعيات في الثوب بحركة مجري

الوصف

الوصف ولهذا اذا اشتري ثوبا علي انه عشرة اذرع فوجده زايدا فالزيادة له ولو وجده
ناقصا لا يحط شي من الثمن ولكن له الخيار وفي بيع العين اعلام قدر الثمن ليس بشرط
بالاجماع اذا كان مشارا اليه والخامس كون الدراهم والدنانير منتقدة عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وعندهما ليس بشرط وهذا بنا علي مسيلة اخري وهو ان المسلم اليه اذا وجد
اكثر راس المال زيوفا فرده واستبدله في مجلس الرد يفسد السلم في المردود عند ابي
حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما فاشترط الانتقاد تحرزا عن الفساد وهما لم يشترطا والسادس
تعجيل راس المال وقبضه قبل افتراق العاقدين بابدانهما سوا كان راس المال عينا
او دينا وقال مالك لا يشترط تعجيله ان كان عينا وان كان دينا يشترط في قول وفي
قول يجوز التاخير يوما او يومين وفي الصرف يشترط قبل الافتراق بابدانهما اجماعا
سوا كان عينا كالتبر والمصوغ او دينا كالدراهم والدنانير واما التي في المسلم فيه فاحدها
بيان الجنس كالحنطة والشعير ونحو ذلك والثاني بيان النوع كقولك كشتية او نسقية
او سهلية او جبلية وفي الهداية قال في بيان النوع كقولنا سقية او نخسية والثالث
بيان الصفة كقولك جيدة او رديئة او وسط والرابع اعلام قدر المسلم فيه انه كذا قفيز
بكيل معروف عند الناس والخامس ان لا يشتمل البدلين احد وصفي علة ربوا الفضل
وهو القدر المتفق او الجنس لان حرمة النسا تتحقق به والسادس ان يكون المسلم فيه
مما يتعين بالتعيين حتي لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير وفي التبر لا يجوز علي قياس رواية
كتاب الصرف لانه الحقه بالمضروب ويجوز علي قياس رواية كتاب الشركة لانه الحقه
بالعروض وهو رواية عن ابي يوسف وفي الفلوس عددا اهل يجوز مر بيانه والسابع الاجل
وفيه خلاف الشافعي وقد مر والثامن ان لا ينقطع من حين العقد الي حين المحل وفيه خلاف
الشافعي وقد مر ايضا والتاسع ان يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط لان شرط الخيار في
البيع ثبت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة اليه في السلم ولو ابطلا الخيار قبل التفرق وراس
المال قايم في يد المسلم اليه انقلب جايزا عندنا خلافا لزفر ولو كان راس المال هالكا لا ينقلب جايزا
اتفاقا والعاشر بيان مكان الايفا فيما له حمل ومونة كالحنطة والشعير عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما يتعين مكان العقد للايفا اذا امكن اما اذا لم يمكن كما اذا كان العقد في البحر او علي راس
الجبل لا يتعين مكان العقد بل يسلم في اقرب المواضع الذي يمكن التسليم فيه وفيما ليس له حمل
ومونة كالمسك والكافور واللالي ونحوها في رواية عن اصحابنا يتعين مكان العقد وفي
رواية لا يتعين ويسلم حيث لقيه والحادي عشر كون المسلم فيه مضبوطا بالوصف كالاجناس
الاربعة المكيل والموزون والذرعي والعددي المتقارب فاذا لم يكن مضبوطا كالعددي
المتفاوت والذرعي المتفاوت كالجواهر واللالي والادم والخشب والرمان ونحوها فلا
يجوز السلم الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب شيا معلوما وطولا معلوما واتي
بجميع شرايط السلم والتحق بالمتقارب فحينيذ يجوز **قوله** سقية او نخسية والسقية ما
يسقي سيحا والنخسية خلافه ثم الاصل هنا في اشتراط الشرايط ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من اسلف في تمرة فليسلف في
كيل معلوم ووزن معلوم الي اجل معلوم فاشترط رسول الله صلي الله عليه وسلم العلم
بالمسلم فيه والاجل فصار ذلك اصلا في ان كل جهالة تفضي الي المنازعة يجب نفيها

عن العقد وهو المراد من قوله والفقه فيه ما بيّنا اشار به الي قوله ولان الجهالة فيه مفضية الي
المنازعة ولهذا لم يجز السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره ووجه قولهما في ان اعلام
قدر راس المال ليس بشرط ان المقصود وهو التعين تحصل بالاشارة ويكتفي بها فلا حاجة
الي معرفة قدر راس المال كيلا او وزنا كما لو كان ثوبا او حيوانا وكما لو كان المكيل او الموزون
ثمنا في البيع مشارا اليه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان راس المال ربما يوجد بعضه مستحقا
او زيوفا فترد الزيوف ولا تستبدل في مجلس فينفسخ العقد فيه ثم لا يعلم في كم بقي العقد وفي كم
انفسخ ولا يقال هذا امر موهوم والموهوم لا يعتبر لانا نقول الموهوم في عقد السلم كالمتحقق
لان الاصل عدم الجواز لكونه بيع المعدوم وانما جوز اذا وقع الامن عن الغرر من كل وجه واذا
بقي نوع غرر بقي الامر علي ما كان وهو عدم الجواز يؤيده قوله ارايت لو اذهب الله تعالي
ثمرة هذا الحايط بم يستحل احدكم مال اخيه وليس كذلك الثوب والحيوان لان الذرعات
تجري مجري الوصف ولهذا اذا كان بعض الثوب محترقا كان المسلم اليه بالخيار ان شا اخذه
بجميع المسلم فيه وان شا تركه وكذا اذا كان بعض اطراف الحيوان تالفا والوجه الاخر لابي
حنيفة رضي الله عنه انه احد عوضي السلم فيشترط معرفة قدره كالعوض الاخر وهو المسلم
فيه اذا كان يتعلق عقد غير تعيين ويتعين مكان الدار في اجارة الدار ويتعين مكان تسليم الدابة
في اجارة الدابة وصورة القسمة دار بين رجلين اقتسماها فاخذ احدهما اكثر من نصيب
صاحبه وزاد في نصيب الاخر مكيلا وموزونا دينا في الذمة يشترط بيان مكان الايفا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يشترط قوله قال وما لم يكن له حمل ومونة لا يحتاج
فيه الي بيان مكان الايفا بالاجماع اي قال في الجامع الصغير وان كان شي لا مونة في حمله
فلا يشترط بيان مكان الايفا فيه ويوفيه في المكان الذي يسلم فيه اعلم ان بيان مكان
الايفا لا يشترط لصحة العقد اجماعا فيما ليس لحمله مونة كالمسك والكافور والجواهر واللالي
ونحوها ولكن هل يتعين مكان العقد مكانا للايفا ففيه روايتان في رواية الجامع الصغير
وبيوع الاصل يتعين وذكر في كتاب الاجارات انه لا يتعين مكان العقد وله ان يطالبه
بالتسليم في اي مكان لقيه لانه لا يتضرر بالتسليم في اي مكان كان وبهذا اجاب مشايخنا
رحمهم الله وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير بعض مشايخنا قالوا المراد
اذا لم يتنازعا واوفاه في مكان العقد واذا تنازعا اخذه بالتسليم حيث لقيه وقال في
التحفة ولو شرطا مكانا اخر للايفا سوي مكان العقد ان كان فيما له حمل ومونة يتعين
وان كان فيما ليس له حمل ومونة ففيه روايتان في رواية لا يتعين وله ان يوفيه
في اي مكان شا وفي رواية يتعين وهو الاصح قوله فيما ذكرنا اي المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة في القيمة حيث لا يختلف باختلاف المحال ولهذا لو دفع المال مضاربة
ليعمل بالكوفة كان له ان يعمل في اي مكان شا منها قوله قال ولا يصح السلم حتي يقبض
راس المال قبل ان يفارقه اي قال القدوري في مختصره والمراد منه المفارقة بالابدان
الا تري الي ما قال في شرح الطحاوي تسليم راس المال ليس بشرط في مجلس العقد وانما
جعل تسليمه الي المسلم اليه شرطا قبل الافتراق بالابدان الا تري انهما لو تعاقدا عقد
السلم ومكثا قبل تعرفك يوما الي الليل ولم يغب احدهما عن صاحبه ثم سلم راس
المال وافترقا صح السلم اعلم ان تسليم راس المال قبل المفارقة شرط سوا كان راس المال

دينا كالدراهم والدنانير او عينا كالتبر والمصوغ والثوب والحيوان اما اذا كان دينا فانما شرط التسليم
قبل المفارقة لان الدين لا يتعين الا بالقبض فاذا افترقا عن غير قبض كان افتراقا عن دين بدين
وذلك لا يجوز لان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن الكالي بالكالي اي عن النسية بالنسية
ولان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والسلم والسلف
عبارة عن عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا فاشترط تعجيل راس المال ليتحقق
المعني الذي وضع له الاسم واما اذا كان راس المال عينا ففيه قياس واستحسان ذكرهما
صاحب الايضاح وغيره فالقياس ان لا يبطل السلم بالتفرق قبل القبض لانه افتراق عن عين
بدين وذلك ليس بمنهي وفي الاستحسان يبطل لان الاصل في راس المال ان يكون دينا
لا عينا فاذا وقع عينا كان ملحقا بالاصل ولم يغير شرط الاصل باعتبار هذا الفرد ونقول
شرط التسليم قبل المفارقة لتحقق معني اسم السلم لانه يدل علي التعجيل قوله لينقلب المسلم
اليه فيه اي ليتصرف قوله ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
هذا ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم راس المال يعني ان
خيار الشرط لما كان مانعا لانعقاد العقد في حق الحكم وهو الملك لم يصح القبض لان القبض
انما يتم اذا كان بنا علي الملك فلما لم يثبت الملك لم يصح القبض فكان شرط الخيار في السلم
مبطلا للعقد لعدم تمام القبض بخلاف خيار الرؤية في راس المال وخيار العيب حيث
لا يفسدان السلم لانهما لا يمنعان الملك فلم يمنعا تمام القبض ايضا قوله وكذا لا يثبت
فيه خيار الرؤية وفيه اشكال لان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم
فيه فلا يجوز الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس المال ولهذا صرح في التحفة ان خيار
الرؤية في راس المال لا يفسد السلم لانه لا يمنع ثبوت الملك ولا يجوز الثاني ايضا لانه لا يرتبط
الكلام لان سوق كلامه ان تسليم راس المال شرط قبل المفارقة واوضح ذلك بعدم
صحة السلم بخيار الشرط وبقي قوله وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية اجنبيا قوله لانه غير
مفيد يعني لا يفيد خيار الرؤية فايدته لان فايدة الفسخ في باب بيع العين والفسخ في
السلم لا يتحقق بحكم الرؤية لانه لا يرد علي عين ما تناوله العقد لان ما تناوله العقد
دين ثابت في الذمة والمقبوض ليس هو بعينه فاذا رد المقبوض عاد حقه في
مثله فلا يثبت خيار الرؤية لعدم الفايدة قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
وراس المال قايم جاز خلافا لزفر لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا ولنا ان المفسد
ارتفع قبل تقرره فصار كان لم يكن قوله وقد مر نظيره اي في باب البيع الفاسد
وهو انه اذا باع الي اجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا باسقاط الاجل
جاز عندنا خلافا لزفر رحمه الله وعلي هذا الخلاف اذا باع بشرط الخيار ابدا ثم اسقط الخيار
قبل مضي ثلاثة ايام وانما قيد بقوله وراس المال قايم لان اسقاط خيار الشرط اذا
كان بعد هلاك راس المال لا ينقلب العقد الي الجواز اتفاقا قوله وجملة الشروط جمعوها في قولهم
اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفا والقدرة
علي تحصيله قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وشرايط السلم عند ابي حنيفة
خمسة اشيا اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان المكان الذي
يوفيه فيه وفي قولهما هكذا الا في شيئين اعلام راس المال وبيان المكان الذي يوفيه

فيه وقول الشافعي مثل قولهما الا في الاجل الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله ثم قوله اعلام راس المال يشمل بيان الجنس والنوع والصفة والقدر واراد بتعجيل راس المال تسليمه قبل المفارقة بالابدان وقوله واعلام المسلم فيه يشمل بيان الجنس والنوع والصفة والقدر ايضا واراد بتاجيله تاجيله الى اجل معلوم على حسب ما يرضى العاقدان واراد بالقدرة على تحصيله ان لا يكون منقطعا وكان الفقيه لم يذكر هذا الشرط في الضابط لما ان عدم الانقطاع وان كان شرطا لصحة السلم لكن ذكره ليس بشرط لانعقاد السلم لان الانقطاع عارض والاصل عدمه وهذه الشروط مر بيان جميعها عند قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرايط ولو قيل في الضابط وان لم يمكن تحصيلها وقيل وان يستطاع تحصيله كان اولى لرعاية السجع

قوله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منهما دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم ان السلم في حصة الدين باطل لانه دين بدين وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وان نقد الدين قبل الافتراق صح لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في عقود المعاملات فان عينت فصار الاطلاق والتعيين سواء ثم يشيع الفساد ولا يثبت في حصة النقد بفساد حصة الدين اذا لم ينقده قبل الافتراق لان الفساد ليس في صلب العقد بل هو طاري لان السلم صح في الكل ولهذا اذا نقد الدين قبل الافتراق جاز وانما ثبت الفساد في حصة الدين بالافتراق من غير قبض اما اذا اطلق السلم بالمائتين ثم قاصا مائة منهما بما على المسلم اليه فظهر بان الفساد طار لا اشكال فيه لان العقد صح في الكل وانما وقع الفساد في احدى المائتين بالافتراق من غير قبض وكذا اذا اضاف العقد الى الدين لان الدراهم لا تتعين اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا ولهذا قالوا اذا باع شيئا بدين ثم تصادقا ان لا دين عليه لا يبطل البيع فاذا لم يتعين الدين صار الاضافة اليه والاطلاق سواء ولا يرد مسالة المنظومة سوالا على ما نحن فيه وهي قوله ان كان راس المال نوعين نقد هذا ودين ذاك والكل فسد ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا والبر في الشعير والزيت كذا حيث شاع الفساد على مذهب ابي حنيفة في الكل وهنا لم يشع بل بطل في حصة الدين لان ثمه راس المال نوعان دراهم ودنانير احد النوعين دين والاخر عين فاذا بطل في حصة الدين بطل في حصة العين ايضا لانه لا يعلم في كم بقي السلم وفي كم انتقض فلاجل هذا قيد صاحب المنظومة بقوله ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا اشارة منه الى انه اذا بين قسط كل واحد من النوعين لا يتعدى الفساد الى النقد عند ابي حنيفة ايضا وههنا في مسالة الهداية وهي مسالة الجامع الصغير راس المال نوع واحد وهو الدراهم لكن نصفها عين ونصفها دين فاذا بطل في النصف الذي هو دين لم يكن قدر الباقي مجهولا بل هو معلوم فلم يشع الفساد الى العين الا ترى ان صاحب الهداية قال مثل ما قال صاحب المنظومة ايضا قبل هذا حيث قال ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل واحد واسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما كما اذا اسلم عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير من غير بيان حصة الحنطة وحصة الشعير او اسلم حنطة معينة وشعيرا معينا في كذا منا من الزعفران لا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي **قوله** وهذا الدين لا يتعين في البيع اشارة الى قوله اذا السلم وقع صحيحا **قوله** ولا يجوز التصرف في

راس المال

في راس المال والمسلم فيه قبل القبض وهذه من مسايل القدوري وانما لم يجز التصرف في راس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حقا لله تعالى لئلا يلزم الكالي بالكالي فاذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وانما لم يجز التصرف في المسلم فيه قبل القبض لان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما روي في السنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عن ما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا باس ان يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه اياه مرابحة على راس المال وان يبيعه تولية وان يبيعه مواضعة وان يشرك فيه غيره كما لو اشترى عينا لان المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا براس المال وراس المال ان كان مثليا يجوز له ان يبيع مرابحة عليه وان كان غير مثلي لا يجوز بيعه مرابحة عليه الا اذا باعه ممن عنده به وبزيادة ربح عليه معلوم فيجوز **قوله** ولا يجوز الشركة والتولية هذا ايضا لفظ القدوري وانما خصهما بالذكر بعدما عمهما قوله ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والمواضعة وقيل احتراز عن قول بعض انه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم **قوله** فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فاراد رب السلم ان يشتري براس المال شيئا قبل ان يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراوه اعلم اولا ان الاقالة في السلم كله او بعضه جايزة اذا كان الباقي منه جزءا معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره ثم لما صحت الاقالة اذا تقايلا فقبل قبض راس المال اذا اشترى به شيئا من المسلم اليه هل يجوز ذلك ام لا قالوا في شرح الجامع الصغير وفي الايضاح لم يجز ذلك استحسانا والقياس ان يجوز وهو قول زفر ووجه قوله انهما لما تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك فجاز الاستبدال عنه ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب واحتج اصحابنا بما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني سلمك في حال سلامة العقد وراس مالك في حال انفساخ العقد ثم السلم لا يحتمل الاستبدال الى غيره عند السلامة فكذلك راس المال عند الاقالة ولان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما وحرمة الاستبدال تثبت حقا للغير وهو الشرع فلم يجز التصرف في حق الغير ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لما كان هو المقصود لسقوط المسلم فيه بالاقالة فلم يجز التصرف فيه قبل القبض وقبضه في مجلس الاقالة ليس بشرط لانها ليست تعتبر بيعا من كل وجه وهذا بخلاف ما اذا كان السلم وقع فاسدا من الاصل لفقدان بعض شروطه وقبض المسلم اليه راس المال فان تصرف رب السلم في راس المال قبل القبض جايز وبه صرح في شرح الطحاوي والايضاح وغيرهما لانه لا يكون له حكم السلم فصار كسائر الديون **قوله** وفيه خلاف زفر اي فيما اذا قلنا تقايلا السلم واشترى رب السلم براس المال شيئا قبل القبض فعند زفر يجوز ذلك وهو القياس وقد بيناه انفا **قوله** ما ذكرنا اراد به قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك

اوراس ماله قال محمد في الاصل ولا يأخذ الا سلمه بعينه او راس ماله بلغنا ذلك عن ابراهيم

قوله ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا فامر رب السلم بقبضه قضا لم يكن قضا وان امره ان يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز وهذه من مسايل الجامع الصغير واصل هذا ان العقد اذا وقع مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري ان يتصرف حتى يعيد الكيل او الوزن ثانيا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري قال بن ماجة في سننه حدثنا علي بن محمد قال حدثنا وكيع عن بن ابي ليلى عن ابي الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري والسلم عقد بشرط الكيل ثانيا وانما قلنا انه عقد بشرط الكيل لان السلم في الطعام لا يصح الا بكيل معلوم والمعنى في اشتراط الكيل ثانيا انه اذا كاله ثانيا ربما يزيد على قدر الكر فلا يسلم له الزيادة فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيا يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام ثم المسلم اليه لما امر رب السلم بقبض الكر الذي اشتراه المسلم اليه قضا لحق رب السلم صار كانه باع المسلم اليه ذلك الكر من رب السلم فاجتمع صفقتان معنى فلابد من الكيل مرتين مرة لنفسه ومرة للمسلم اليه لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وانما قلنا انه صار كانه باع المسلم اليه ذلك الكر من رب السلم لان حق رب السلم كان في الدين وهذا عين حقيقة وهو غير الدين وانما جعل العين عين الدين حكما لئلا يلزم الحرام وهو استبدال المسلم فيه وفيما ورا الاستبدال فهو كالبايع من رب السلم ولو لم يكن الكر سلما بل كان قرضا اكتفى بكيل واحد صورته ما قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير ولو استقرض كرا من انسان فلما طالب المقرض اشترى المستقرض من رجل كرا وامر المقرض بقبضه قضا لحقه صح الامر فاذا قبض يكتفى بكيل واحد لاجل المستقرض لان المقرض يقبض عين حقه لكون القرض اعارة فلا حاجة له الى الكيل فيجب كيل واحد للمستقرض بحكم شرايه من بايعه قال في الشامل في قسم المبسوط في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وان كان بحضرة الاخر وفي كل موضع وجد عقد واحد يكتفى بكيل واحد وكذلك اذا اشترى موازنة لا يتصرف ما لم يتزنه فان اشترى مجازفة او اخذ قرضا جاز ان يترك الكيل والوزن اما المجازفة فلان المعقود عليه عين ما يشار اليه لا القدر فلا يكون الكيل تمام القبض واما القرض فلانه عارية فيتصرف البيع لا ابتدا وله ولو اشترى المعدود عدا هل يشترط العد ثانيا ففيه روايتان مر بيانهما قبيل باب الربا والكر اسم لستين قفيزا كذا قال الازهري وما قيل في بعض النسخ اسم لاربعين قفيزا ففيه نظر

قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر في الفصل الذي بعد باب المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين قوله والسلم وان كان سابقا ولكن قبض المسلم فيه لا حق وانه بمنزلة ابتدا البيع هذا جواب سوال مقدر بتنبيهما الصدر الشهيد في شرح الجامع الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل ان بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرا المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشرا فكيف يدخل تحت النهي قيل له قد باع من وجه بعد الشرا لان ما باع قبل الشرا كان دينا وانما يصير بايعا للعين عند التقابض السلم الا ان هذا العين جعل عين حقه حكما حتى لا يصير مستبدلا اما فيما وراء ذلك فهو كالبايع عند الاقتضا فيصير بايعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فكان باطلا ينعقد

بلفظه

بلفظه اي ينعقد القرض بلفظة الاعارة وانما جعل القرض اعارة لانه لو لم يكن اعارة يلزم تمليك الشي بجنسه نسية وذلك ربوا ولهذا لا يصح الاجل في القروض لان التاجيل في العارية ليس بلازم لان التبرع ينافي اللزوم فاذا كان القرض اعارة كان ما اخذه المقترض عين حقه فلم يجتمع الصفقتان فاكتفى بكيل واحد لاجل المستقرض بسبب شرايه من بايعه قوله قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غراير رب السلم ففعل وهو غايب لم يكن قبضا اي قال محمد في الجامع الصغير وصورة المسالة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل كرا من طعام وامره ان يكيله في غراير المشتري ففعل والمشتري غايب قال هذا قبض وان امره ان يكيله في جانب بيت البايع ففعل والمشتري غايب لم يكن قبضا يريد به اذا كان الطعام عينا ثم قال في السلم اذا امره ان يكيله في غراير المشتري ففعل لم يكن قبضا وانما قيد بقوله والمشتري غايب لانه اذا كان حاضرا صار المشتري قابضا سوا كانت الغراير له او للبايع او كانت مستاجرة وبه صرح الفقيه ابو الليث ثم الفرق بين السلم وبين شرا العين ان الامر بالكيل لم يصح لانه تناول عينا مملوكة للبايع وهذا لان حق رب السلم في الدين لا في العين وجعل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غراير رب السلم محال وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد فلم يصر المسلم اليه نايبا عن رب السلم في امساك الغراير بل صار مستعيرا لها وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه فيها فلم يصر رب السلم قابضا حتى اذا هلك الكر هلك من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان وكذا لا يصير قابضا ايضا اذا كانت الغراير للبايع لانها اذا كانت للمشتري لا يثبت القبض لعدم صحة الامر فهنا اولى وكذا اذا كان له على رجل دراهم فدفع اليه كيسا وامره بان يزنها فيه فوزن فيه لم يصر قابضا لما ذكرنا وفي الشرا صح الامر فصار قابضا لانها تناول ملكه لعينه لانه كما وجد الشرا ثبت الملك له في العين فصار البايع وكيلا عنه في امساك الغراير فصار الواقع في الغراير واقعا في يد المشتري فصار قابضا ولو كانت الغراير في صورة الشرا للبايع لا يصير قابضا لان المشتري يصير مستعيرا للغراير من البايع فلم تصح العارية لعدم القبض فلم يصر الواقع فيها واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يعزل الكر في جانب من بيت البايع فعزله لا يكون المشتري قابضا فكذا هنا ولو امر المشتري البايع بالطحن كان الدقيق للمشتري لصحة الامر لانه يتناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الامر فان اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه بدلا عن المسلم فيه والاستبدال في السلم حرام ولو امر المشتري ان يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم اليه فان اجتمع الدين والعين بان اشترى كرا معينا وله على البايع كر اخر دين وهو المسلم فيه فدفع رب السلم الغراير وامره بان يجعل الدين والعين فيها فان بدا بالعين ثم بالدين صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر واما الدين فلانه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكما فصار الدين ايضا في يده لاتصاله به فصار قابضا للكل ونظيره ما اذا استقرض كرا من حنطة وامره ان يزرعه في ارض المستقرض صح القرض وصار المستقرض قابضا له باتصاله بملكه فكذلك هاهنا وكذلك قال في كتاب الصرف في رجل دفع دينارا الى الصايغ وامره ان يزيد من عنده نصف دينار جاز لانه يصير قرضا ويصير بالاتصال الى ملكه قابضا فان بدا بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلط حنطة المشتري

حنطة نفسه بحيث لا يمتاز فصار مستهلكا والبايع اذا استهلك المبيع قبل القبض ينتقض البيع
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه اما عند صاحبيه فالمشتري بالخيار ان شا شاركه في المخلوط
بقدر حنطته لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شا تركه فينتقض البيع **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لصحة الامر **قوله** في الصحيح احتراز عما قيل في الشرا لا يكتفى بكيل واحد بل
يشترط كيلان وقد مر ذلك قبل باب الربا **قوله** والقبض بالوقوع في غرابر المشتري
اي القبض يتحقق بوقوع الكر في غرابر المشتري **قوله** وهذا الخلط غير مرضي به من جهته
اي الخلط بالبداية بالدين ثم بالعين ليس بمرضي من جهة المشتري وهذا جواب لسوال
مقدر بان يقال لم ينتقض البيع وقد حصل الخلط باذن المشتري فقال الخلط الماذون
بان وقع على وجه يصير المشتري قابضا وهنا لم يصر قابضا فلم يصر الخلط ماذونا مرضيا
به وانما اذن له بالخلط على وجه يصير قابضا بالبداية بالعين **قوله** ومن اسلم جارية في كر
حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو
تقايلا بعد هلاك الجارية جاز وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل جارية بالف درهم
وقبض الجارية ثم تقايلا البيع قال جايز وان ماتت الجارية في يد المشتري بعد ذلك
بطلت الاقالة فكان المال على المشتري وان ماتت الجارية قبل الاقالة ثم تقايلا
فالاقالة باطلة ثم قال في السلم في رجل اسلم جارية الى رجل في كر من حنطة ودفع
اليه الجارية ثم تقايلا السلم قال جايز فان ماتت الجارية بعد فعلى المسلم اليه قيمة الجارية
يوم قبضها ثم اعلم ان الفرق بين السلم حيث يصح الاقالة بعد هلاك الجارية في يد المسلم
اليه قبل الرد الى رب السلم سوا هلكت قبل الاقالة او بعد الاقالة وبين البيع حيث
لا تصح الاقالة اذا هلكت الجارية سوا كان الاقالة قبل هلاكها او بعد هلاكها هو ان الاقالة
فسخ العقد ولا قيام للاقالة الا بقيام العقد ولا قيام للعقد الا بقيام المبيع لانه هو الاصل
في البيع وهو المسلم فيه قايم في صورة السلم بعد هلاك الجارية التي هو راس المال فصحت
الاقالة لقيام المبيع فانتقض العقد في المسلم فيه فلما انتقض فيه انتقض في راس المال
ايضا ضرورة والمسلم اليه عاجز عن رد الجارية لهلاكها فتعين قيمتها يوم القبض فاذا
صحت الاقالة وهي هالكة يوم الاقالة فتبقى صحيحة ايضا اذا هلكت بعد الاقالة قبل
الرد لان البقا اسهل من الابتدا والدليل على ان المسلم فيه مبيع ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم الا ترى انه عليه
السلام قد جعل المسلم فيه مبيعا بخلاف بيع الجارية بالدراهم فان الاقالة لا تصح بعد
بعد هلاك الجارية لفوات المعقود عليه وبقوا انه لا يبقى محل البيع فلما فات محل البيع لم تصح
الاقالة لانها لا تصح بدون قيام المعقود عليه وكذا الاقالة باطلة اذا هلكت الجارية بعد
الاقالة قبل الرد وهذا لان ما كان راجعا الى المحل فالابتدا والبقا فيه سوا ولو كان البيع مقايضة
لا تبطل الاقالة بهلاك احد العوضين لان كل واحد من العوضين مثمن وثمن فبهلاك احدهما لا
يفوت محل العقد فتصح الاقالة لقيام المعقود عليه ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا في القيمة
فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم الا ترى الى ما نص محمد
في الاصل بقوله واذا تتاركا السلم وراس المال ثوب فهلك الثوب عند المطلوب

قبل ان

قبل ان يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته وكذلك لو تتاركا السلم بعد هلاك الثوب كان على
المطلوب قيمته والقول في ذلك قول المطلوب وعلى الطالب البينة على ما يدعي من فضل
القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر في موضع اخر فيه ان القول قول المطلوب مع يمينه الا ان
تقوم للطالب بينة على ما يدعي **قوله** فماتت في يد المشتري اراد بالمشتري المسلم اليه
لانه اشترى الجارية بالحنطة التي هي دين في ذمته **قوله** ومن اسلم الى رجل دراهم في كر
حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه وهذا
الفصل من الخواص وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك طعاما رديا وقال
رب السلم لم تسم شيئا فالقول قول المسلم اليه ولو قال رب السلم كان في السلم اجل وقال
المسلم اليه لم يكن في السلم اجل كان القول قول رب السلم الى هنا لفظ الجامع الصغير واصل
هذا ان الكلام اذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل فكان القول لمدعي الصحة لان
كلام المتعنت مردود فاذا رد بقي كلام الاخر بلا معارض فكان القول قوله وان خرج مخرج
الخصومة كان القول لمدعي الصحة وان انكر خصمه عند ابي حنيفة اذا اتفقا على عقد واحد
وقالا القول للمنكر وان انكر الصحة بيانه ان الطالب وهو رب السلم اذا ادعى الاجل والمطلوب
وهو المسلم اليه انكره فالقول للطالب لان المطلوب متعنت لانكاره ما ينفعه وما هو حقه لان
الاجل حقه لان الاجل لتاخير التسليم فاذا انكر ذلك انكر ما هو حقه فتعين الفساد غرضا له فكان
قوله باطلا وهذا بالاتفاق فاذا كان القول قول رب السلم كان القول قوله ايضا في مقدار الاجل
فان ادعى المسلم اليه الاجل فانكره رب السلم فعند ابي حنيفة القول قول المسلم اليه وعندهما
القول قول رب السلم لانه انكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكن متعنتا وان كان فيه فساد
العقد كما اذا اختلف رب المال مع المضارب فقال رب المال شرطت لك نصف الربح الا
عشرة وقال المضارب شرطت لي نصف الربح مطلقا فالقول لرب المال لانه انكر حقا على نفسه
وهو زيادة الربح وان كان فيه فساد العقد فكذا ههنا ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد واحد
ولا صحة للعقد الا بشرطه والاجل شرط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فكان القول
قول من يدعي الصحة لان الظاهر يشهد له بذلك لان الظاهر من حال المسلم ان يباشر العقد
بوصف الصحة كما اذا اختلف الزوجان في شهود النكاح فالقول لمن يدعي النكاح بشهوده
ونقل الفقيه ابو الليث عن كتاب البيوع ان قول ابي حنيفة القول قول المطلوب وهو
استحسان وهذا بخلاف مسألة المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان رب المال
يدعي الاجارة بدعواه فساد المضاربة لان المضاربة اذا فسدت صارت اجارة وهو منكر
لهذا العقد في الحقيقة والمضارب يدعي الشركة فكان الاختلاف في نوع العقد فكان القول
للمنكر وهو رب المال وما نحن فيه ليس كذلك فانهما اتفقا على عقد واحد فكان القول قوله
في الصحة ولان المضاربة ليست بعقد لازم لان كل واحد من المتعاقدين فسخ ذلك فباختلافهما
يرتفع العقد ويبقى مجرد دعوى الربح والاخر منكر فالقول للمنكر والسلم عقد لازم لا ينفسخ بفسخ
احدهما فبالاختلاف لا يرتفع فاذا بقي العقد كان القول لمدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما
جعل القول قول المسلم اليه في الاجل كان القول قوله ايضا في مقدار الاجل ونقل فخر
الاسلام عن بعضهم ان القول قوله ان ادنى الاجال وذلك شهر وفي الزيادة عليه

لا يقبل قوله الا ببينة واذا ادعى المسلم اليه شرط الردي وانكر رب السلم الشرط اصلا كان القول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره وقول المتعنت مردود وهذا لانه انكر حق نفسه
وهو المسلم فيه فتعين الفساد عن ضاله ولانهما اتفقا على عقد واحد واختلفا في شرط صحة العقد
وهو بيان الوصف فكان القول لمدعي الصحة لان الظاهر شاهد له واما اذا ادعى رب السلم
بيان الوصف وانكره المسلم اليه قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر هذا
الفصل في الكتاب يعني في الجامع الصغير ثم قال ويجوز ان يقال القول قول المسلم اليه لان
الشرط مستفاد من جهته وهو منكر ويجوز ان يقال القول قول رب السلم لانه انكر الفساد وقال
فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شروحهم للجامع الصغير يجب
ان تكون المسألة على الاختلاف على قول ابي حنيفة القول قول من يدعي الصحة وهو رب
السلم وعندهما القول قول المسلم اليه **قوله** والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
جواب سوال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون المسلم اليه متعنتا في انكاره الاجل لانه
يرد راس المال لفساد العقد بعدم الاجل ويرد راس المال ويبقى له المسلم فيه والمسلم فيه
خير من راس المال وانفع منه فقال في جوابه والفساد غير متيقن لمكان الاجتهاد فان عند
بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعي **قوله** وفي عكسه قالوا اي قال المتاخرون
في شروح الجامع الصغير مثل فخر الاسلام وغيره وقد مر آنفا واراد بالعكس ما اذا ادعى رب
السلم بيان الوصف بان قال شرطت لي رديا وانكر المسلم اليه وقال لم اشترط لك شيا
قوله وسنقرره من بعد اي في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما
لانه منكر حقا عليه **قوله** وفي عكسه القول لرب السلم عندهما يعني فيما اذا ادعى المسلم
اليه الاجل وانكره رب السلم ثم الاختلاف في الاجل على ثلثة اوجه احدها في اصل الاجل
ففيه القول قول المدعي للاجل مع يمينه طالبا كان او مطلوبا وعندهما القول قول الطالب
سواء كان مدعيا للاجل او منكرا والثاني في مقدار الاجل مثل ان يدعي احدهما انه شهر وقال
الاخر انه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة وان قامت لاحدهما
البينة يقضى ببينته وان قامت لهما يقضى ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة والثالث
في مضي الاجل قال الطالب كان الاجل شهرا قد مضى وقال المطلوب كان شهرا ولم يمض
فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة فان اقام احدهما البينة تقضى
ببينته وان اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل ثم ينبغي لك
ان تعرف ان الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لان التحالف
في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه او بدله والاجل
بمعزل من ذلك بخلاف ما اذا اختلفا في الوصف فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى
الاصل لان الدين يعرف به ويختلف اصله باختلافه وليس كذلك الاجل **قوله** وان
خرج خصومة بان يدفع عن نفسه استحقاق شي للحال كما اذا ادعى المسلم اليه الاجل
وانكره رب السلم ويأتي التقرير من قبل هذا **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين
طولا وعرضا ورقعة وهذه من مسائل القدوري اعلم ان السلم في الثياب ليس بجائز
قياسا لانه ليس بمثلي جائز استحسانا لانه بعد اتحاد الصانع والآلة لا يبقى الا تفاوت
يسير وذلك القدر معفو في المعاملات دون الاستهلاكات ولهذا اذا باع الاب بغبن

يسير

يسير يتحمل ذلك بخلاف ما اذا استهلك شيا يسيرا فانه يضمن وانما اشترط بيان الطول
والعرض والرقعة لانه اذا لم يبين منها يبقى تفاوت فاحش قال في الايضاح ويحتاج
الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض
لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما
خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه الى هنا لفظ الايضاح الحرير الابريسم المطبوخ
وسمي الثوب المتخذ منه حريرا وفي جمع التفاريق الحرير ما كان مضمنا او لحمته حريرا كذا
في المغرب وقال فيه ايضا الديباج الثوب الذي سداه ولحمته ابريسم وعندهم اسم
للمنقش والجمع دبابيج وقال الشيخ ابو نصر البغدادي قال واذا كانت الثياب مما
يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن ايضا كثياب الحرير ثم قال وهذا على وجهين
ان كان لو ذكر الطول والعرض والرقعة لم يتفاوت بالوزن لم يحتج الى ذكر الوزن
وان كان يختلف باختلاف وزنه فلا بد من ذكر وزنه وقال ظهير الدين اسحق الولوالجي
في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ
فيه فمنهم من قال ليس بشرط ومنهم من قال شرط واليه مال الشيخ الامام شمس الايمة
ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله وهو الصحيح بخلاف ساير الثياب فانه لا
يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن ولا يختلف باختلاف
الطول والعرض ولا كذلك الكرباس وذكر في الذخيرة قال بعض مشايخنا لا شك ان بيان
الوزن في الكرباس ليس بشرط لان الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن وذكر شمس الايمة
السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وفيما يختلف بالثقل والخفة وذكر القدوري
رحمه الله ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا لانه وان كان ثوبا فلا يباع الا
وزنا كما في الصغرى وقال في فتاوى ظهير الدين اسحق الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عددا
لانه عددي كالجوز والبيض وكذلك الاستقراض عددا قال في المجمل رقعت الثوب
رقعا والخرقة رقعة وقال في المغرب يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه
وثخانته وهو مجاز **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكر عند قوله في اول الباب وكذا
في المذروعات **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز وهذه من مسائل القدوري
والاصل ان كل معدود يتفاوت احاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان
والجواهر واللآلي بهذه المثابة لانك ترى بين لؤلؤتين تفاوتا فاحشا في المالية وان
كان بينهما اتفاق في العدد والوزن وكل معدود لا تتفاوت احاده في المالية جاز السلم
فيه كالجوز والبيض اذا كان من جنس واحد وفيه خلاف زفر وبيانه في اول الباب
اما اللؤلؤ الصغير الذي يباع وزنا ويستعمل في الادوية جاز السلم فيه لانه لا يتفاوت
في المالية **قوله** ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما وذلك لانه عددي
لا يتفاوت في المالية اذا كان الملبن معلوما والصفة معلومة قال الولوالجي في فتاواه
ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه متى بين ملبنا معروفا
فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالمعدود
المتقاربة فيجوز فيها السلم بخلاف ما لو باع ماية آجرة من اتون لم يجز لان الآجر متى كان
الملبن واحدا من العدديات المتقاربة باعتبار القدر ولكن من العدديات المتفاوتة

باعتبار الوصف لان التفاوت بينهما في النضج تفاوت فاحش فالحقناه بالمتقاربة في حق السلم
وفي المتفاوتة في حق البيع عملا بهما قال في شرح الجامع الصغير لقاضي خان اما السلم في البادنجان
لم نذكره محمد رحمه الله وذكر شمس الايمة السرخسي انه يجوز والحقه بالجوز والبيض هذا لفظه
رحمه الله قوله قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه وهذا اصل كلي
يتخرج منه المسايل ذكره بعد ذكر مسايل السلم للضبط كما هو دابه اعلم ان ما كان مضبوطا
بالوصف ويعرف قدره جاز السلم فيه كما في الاجناس الاربعة من المكيلات والموزونات
والمذروعات والعدديات المتقاربة والاصل فيه قوله عليه السلام من اسلف في تمر
فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وما لا يضبط وصفه ولا يعرف
قدره وهو غير الاجناس الاربعة نحو الجواهر مثلا لا يجوز السلم فيه لان السلم دين لا يعرف
بدون الوصف والقدر فيبقى المعقود عليه حينيذ مجهولا وجهالة المعقود عليه تفسد
العقد لا نضايه الى المنازعة قوله ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك
اذا كان يعرف وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يسلم في الطست او القمقمة او الخفين ونحو ذلك
فاذا كان شي من ذلك يعلم ويعرف فلا باس به وذلك لانه اذا لم يعرف لا يجوز السلم
لان النبي صلى الله عليه وسلم شرط العلم في قوله في كيل معلوم فصار ذلك الحديث اصلا
في باب السلم ولان السلم دين لا يعرف الا بالاستقصا في الوصف فاذا عرف بالوصف
جاز والا فلا ثم اذا جاز انما يجوز اذا وجد ساير شرايط السلم من تعجيل راس المال وبيان
الجنس والنوع والقدر والصفة وغير ذلك قوله قال وان استصنع شيا من ذلك
بغير اجل جاز استحسانا وصورته في الجامع الصغير وان استصنع في شي من ذلك بغير اجل
فجايه مفروغا فالمستصنع بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك اعلم ان الاستصناع
على نوعين استصناع فيما ليس فيه تعامل وهو فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحايك
ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او طلب من الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من
عنده واستصناع فيما فيه تعامل كما اذا طلب من الخفاف ان يخرز له خفا باديم
من عنده او طلب من الصفار ان يصنع له قمقمة بصفر من عنده وهذا جايز عندنا
استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي كذا ذكر الخلاف قاضي
خان في شرح الجامع الصغير ولم يذكر قول زفر في الاشارات و مختصر الاسرار ومعنى
الاستصناع ان يطلب من الصانع ان يصنع اي يعمل له شيا من ذلك بثمن معلوم
وصورته ما قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو ان انسان الى اسكاف
فيقول اخرز لي خفين ويبين صفتهما وقدرهما ويسمي الثمن او يجي الى صفار فيقول
له صغ لي انية من صفر ويبين قدره وصفته وجنسه ونوعه ويبين الثمن وجه
القياس انه بيع المعدوم فلا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
ولانه اجارة في بيع او بيع في اجارة فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين
في صفقة ووجه الاستحسان ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن وقد تعارفوا المسلمون في ساير الاعصار من غير نكير على استصناع

مافيه

ما فيه تعامل والقياس يترك بالعرف الا ترى انه يجوز دخول الحمام باجرة غير مقدرة في مدة غير
مقدرة وليس هذا كالمزارعة والمعاملة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه نقل على الخلاف من
الصدر الاول وهذا منقول بالاتفاق واما الاستصناع في الثياب قال في الاسرار لم تجر
العادة به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما حدث في زماننا ثم الاستصناع الجايز
فيما فيه تعامل هل هو بيع او مواعدة فيه اختلاف المشايخ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة لانه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الروية وذكر
القياس والاستحسان ولكن الروايات اختلفت في اللزوم فروى ابو يوسف عن ابي
حنيفة انه قال يتخير كل واحد منهما وقال ابو يوسف يتخير المستصنع دون الصانع وهو
قول اصحابنا جميعا في المبسوط ورجع عن هذا فقال لا خيار لواحد منهما الى هنا لفظ فخر
الاسلام رحمه الله وجه عدم الخيار لهما ان الصانع بايع والبايع اذا باع ما لم يره لا خيار له
والمستصنع لا خيار له لان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم ليصل الى بدله فاذا ثبت
للمستصنع الخيار يلحق الضرر بالصانع حيث لا يشتريه غيره بما اشتراه المستصنع ووجه
الخيار لهما ان المستصنع مشتري ما لم يره فله الخيار وهذا هو ظاهر الرواية وروي عن ابي
حنيفة في غير ظاهر الرواية ان للصانع الخيار دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه بلا ضرر
لان قطع الصرم اتلاف الخيط ضرر عليه قال في الشامل في قسم المبسوط ليس للصانع بيعه ومنعه
اذا راه المستصنع ورضيه فان باعه قبل ان اراه جاز لان باحضاره واراته اظهر انه عمل له وهو
رضي فصار كالمبيع بخلاف ما قبل الاحضار وقال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع
على العمل ولا المستصنع على اعطا الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها
ويبطل الاستصناع بموت الصانع ونقله عن بيوع خواهرزاده وشمس الايمة قوله والصحيح
انه يجوز بيعا لا عدة احترازا عن قول بعض المشايخ وفايدة كونه بيعا ان الصانع يجبر على التسليم
قوله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما يعني ان الاستصناع على قول بعض المشايخ بيع لا عدة وبيع
المعدوم لا يجوز فيما سوى السلم وهذا ليس بسلم فينبغي ان لا يجوز فقال والمعدوم قد يعتبر موجودا
حكما وان كان معدوما حقيقة كما تسمية الناسي جعلت موجودة حكما وان كانت معدومة حقيقة
وكطهارة المستحاضة مع وجود المنافي جعلت موجودة حكما وان لم يوجد حقيقة للتفصي عن عهدة
التكليف فكذا فيما نحن فيه الخف والاناء وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا حكما للتعامل الناس
وقد يكون الشي موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالما المستحق للعطش حتى يجوز التيمم
مع وجوده قوله ولا يتعين الا بالاختيار اي لا يتعين المعقود عليه الا باختيار المستصنع قوله
وهذا كله هو الصحيح اي كون الاستصناع بيعا لا عدة وكون المعقود عليه العين لا العمل وكون
المعقود عليه حيث لا يتعين الا بالاختيار هو الصحيح انما قيد بالصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ
اذ في كل منهما قول اخر قوله وهو بالخيار اي المستصنع قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
حتى يجبر على العمل كذا ذكره الامام العتابي رحمه الله وذلك لانه بايع ولا خيار للبايع في بيع ما لم
يره قوله اما الصانع فلما ذكرنا يعني ان الصانع لا خيار له لما ان الاستصناع بيع ولا خيار
للبايع فيما لم يره قوله وانما قال بغير اجل يعني انما قيد محمد رحمه الله بقوله بغير اجل في
قوله وان استصنع في شي من ذلك بغير اجل لانه لو ضرب الاجل كان سلما عند ابي
حنيفة فيما فيه تعامل حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض راس المال واستقصا
ء

الوصف وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو استصناع بحاله واذا ضرب الاجل فيما لا
تعامل فيه يكون سلما بالاخلاف وجه قولهما ان لفظ الاستصناع حقيقة له فلا يتغير بذكر
الاجل ويكون ذكر الاجل للاستعجال فلا يكون ولهذا اذا ذكر فيما الاستصناع شرطا اخر سوى
الاجل لا ينقلب سلما فكذا اذا ذكر الاجل يوضحه ان السلم عقد الاجل لا ينقلب استصناعا
فكذا الاستصناع بذكر الاجل لا ينقلب سلما بخلاف الاستصناع فيما لا تعامل فيه اذا ذكر فيه
الاجل ينقلب سلما لانه لم يمكن حمله على الاستصناع لفساده فحمل على السلم بدلالة الاجل تصحيحا
لتصرف العاقد ما امكن وذلك لانه لما لم يمكن العمل بحقيقة حمل على المجاز وجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه انه يمكن ان يعتبر سلما لانه اتى بمعنى السلم بحيث اتى بشرايط السلم فيصير
سلما كالوكيل بشرط براءة ذمة الاصل كان حوالة ويمكن ان يعتبر استصناعا عملا بحقيقة
اللفظ فلما احتمل الامرين حمل على السلم بدلالة ذكر الاجل لانه لا بد ان يكون لازما وانما يلزم
اذا كان سلما فصار كالاستصناع الفاسد اذا ذكر فيه اجلا ونقول لما احتمل الامرين
كان جعله سلما اولى لان السلم ثابت بالكتاب باية المداينة على ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما وبالسنة والاستصناع في ثبوته شبهة لكونه مجتهدا فيه فكان
حمله على السلم اولى لكونه اقرب الى الجواز واحق بالرخصة او نقول انما جعله
سلما اولى لان السلم اقرب الى القياس من الاستصناع لان في السلم المبيع ثابت
في الذمة وان لم يكن عينا وفي الاستصناع المبيع ليس بعين ولا ثابت في الذمة
فكان جعله سلما اولى وقال الامام فخر الدين قاضي خان حكي عن الفقيه ابي جعفر انه
قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من
قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما ذكره في شرحه للجامع الصغير **قوله** نوع شبهة لان
الشافعي ينكر الاستصناع **قوله** مسايل منثورة اي هذه مسايل من كتاب البيوع نثرت
عن ابوابها ولم تذكر ثمه فاستدركت ببيانها في اخر كتاب البيوع **قوله** ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع اي قال القدوري في مختصره ثم اطلاق جواب الكتاب بلا تقييد في ذكر
هذه الاشيا تدل على جواز بيع المعلم منها وغير المعلم وهذا معنى قوله في المتن المعلم وغير
المعلم في ذلك سوا اي في جواز البيع قال في الايضاح بيع كل ذي ناب من السباع ومخلب
من الطير جايز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز
بيع الكلب والنمر والاسد الى هنا لفظ الايضاح ونقل الناطفي في الاجناس عن مسايل
الفضل بن غانم قال ابو يوسف اجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا اجيز بيع الكلب
العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات قال
محمد من قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس ونقل في الاجناس ايضا عن شرح
اختلاف زفر روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز بيع الاسد حيا ويجوز ان كان مذبوحا وجاز بيع الفهد وفي بيوع الحسن رحمه الله
جاز بيع القرد وذكر في الاجناس ايضا قال ابو يوسف اكره بيع القرد لانه لا منفعة
بدا انما هو للهو وبيع الفيل مربيا نه في البيع الفاسد وجه قول الشافعي رضي الله عنه
ما روى في الصحيح البخاري مسندا الى ابي سعيد الانصاري ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وروي في السنن

مسندا الى ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمن الكلب فان جا يطلب
ثمن الكلب فاملا كفه ترابا وباسناده ايضا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي والبغي الزانية قال تعالى وما كانت
امك بغيا ولان الكلب نجس العين بدلالة نجاسة سوره لانه متولد من اللحم ولا يجوز بيع
ما كان نجس العين كالخنزير وذلك لان البيع يدل على اعزازه ونجاسة العين تدل على اهانته
وبينهما منافاة فكان جواز البيع منتفيا ولنا ما روي في الصحيح البخاري في كتاب الذبايح والصيد
مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم من اقتنى كلبا ليس بكلب ماشية
او ضارية نقص كل يوم من عمله قيراط وفي رواية عن ابن عمر في الصحيح البخاري قال سمعت
النبي صلى الله عليه وسلم يقول من اقتنى كلبا الا كلبا ضاريا لصيد او كلب ماشية فانه ينقص
من اجره كل يوم قيراطان وفي رواية عن ابن عمر ايضا في الصحيح قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من اقتنى كلبا الا كلب ماشية او ضاريا نقص من عمله كل يوم قيراطان وذكر
في السنن في كتاب الاضاحي مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
٥ وسلم قال من اتخذ كلبا الا كلب ماشية او صيد او زرع انتقص من اجره كل يوم قيراط
وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله
انا نرسل الكلاب المعلمة قال كل ما امسكن عليك قلت وان قتلن قال وان قتلن قلت
انا نرمي بالمعراض قال كل ما خزق وما اصاب بعرضه فلا تاكل وحدث ايضا باسناده
الى عدي بن حاتم سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت انا قوم نتصيد بهذه الكلاب
فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل ما امسكن عليك وان قتلن الا ان
ياكل الكلب فاني اخاف ان يكون انما امسكه على نفسه وان خالطها كلاب من غيرها
فلا تاكل وحدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا سعيد ابن عامر قال حدثنا شعبة عن
ابي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل
الكلاب ثم قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب اخر نسيه سعيد
والاحاديث في هذا الباب رواها الطحاوي في شرح الاثار بطرق كثيرة ووجه الاستدلال
ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح الانتفاع بكلب الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك
نعلم انه النهي كان قبل الاباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع
به معلما كان او غير معلم اما اصطيادا او حراسة لان كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن
الجاني بنباحه يدل عليه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
من سباع البهايم والطير واصل الاجتراح الاكتساب يقال امراة لا جارح لها اي كاسب
قال في الكشاف المكلب مؤدب الجوارح واشتقاقه من الكلب لان التاديب اكثر
ما يكون في الكلاب وقال العتبي مكلبين اصحاب الكلاب وحدث ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى جابر رضي الله عنه قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهر الا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز
بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين احدهما انه اذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع
غيره من الكلاب لان احدا لم يفرق بينهما والثاني ان ذكره للكلب المعلم لاجل
ما فيه من النفع وكل ما ابيح الانتفاع به منها فهو مثله ويدل ذلك على ان النهي انما تناول

الكلاب التي لا نفع فيها وانما يلتهي بها الهراش والقمار وحدث الطحاوي في شرح الاثار
عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن
عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش
وبقية السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطيادا
ونحوه وهذا بخلاف الهوام الموذية من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ
والضب وهوام الارض جميعا فانها لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم
الانتفاع بها ولا نسلم ان الكلب نجس العين لانه لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به اصلا كالخنزير
ويجوز الاصطياد به فعلم انه ليس بنجس العين ولا نسلم ان حرمة لحمه تدل على حرمة بيعه
الا ترى ان لحم الحمار الاهلي حرام اكله ويجوز بيعه والانتفاع بثمنه ووجه ما روي عن ابو
يوسف انه لم يجز بيع الكلب العقور ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر
بقتله وجوابه انه كان قبل ورد الرخصة في اقتنا الكلب للصيد او للماشية او للزرع
ونقل في بيوع الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد لا ينبغي لاحد ان يتخذ
كلبا في داره الا ان يخاف من لصوص او غيرهم فلا باس بان يتخذه وكذلك الاسد
والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك وهذا قياس قول ابي حنيفة
وزفر وابي يوسف الى هنا لفظ الاجناس وبيع السرقين يجوز عندنا وسيجي في كتاب
الكراهية ان شا الله تعالى قوله ولا يجوز بيع الخمر والخنزير وهذا لفظ القدوري في مختصره
والاصل فيه قوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان
فاجتنبوه والرجس اسم للحرام النجس وقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
ولا يجوز التصرف في الحرام وحدث صاحب السنن باسناده الى الاعرج عن ابي هريرة
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة
وثمنها وحرم الخنزير وثمنه وحدث ايضا مسندا الى مسروق عن عايشة رضي الله عنها
قالت لما نزلت الايات الاواخر من سورة البقرة خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقراهن علينا وقال حرمت التجارة في الخمر وروى البخاري في الصحيح في كتاب البيوع مسندا
الى سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال
الله عز وجل ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطاني ثم غدر ورجل باع حرا ما فاكل
ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره واعطاني اي اعطى ذمة من الذمات
كذا فسر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي في الاجارات وباقي التقرير في بيع الخمر والخنزير
مر في باب البيع الفاسد فلينظر ثمه وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة قال
حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه
وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها
يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قوله قال واهل الذمة في البياعات
كالمسلمين اي قال القدوري في مختصره واهل الذمة في البياعات كالمسلمين الا في الخمر والخنزير
خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلمين على العصير وعقدهم على الخنزير كعقدهم على الشاة اي يحل لهم

ما يحل لنا

ما يحل لنا ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير وذلك لانهم لما قبلوا الجزية
صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم الا الخمر والخنزير فانهم اقروا بعقد الامان على ان يكون ذلك
مالا لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من ان يكون مالا وفيه نقض الامان والربوا مستثنى في
عقودهم لانه لم يقع عليه عقد الامان قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وروي
في الايضاح وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن اربى فلا عهد له
وروى ابو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في قصة نجران واهلها في كتاب النبي
صلى الله عليه وسلم اليهم من عمرو بن حزم ولمن اكل ربا من ذي قبل فذمتي منه برية وحدث
ابو يوسف ايضا في كتاب الخراج في فصل من يجب عليه الجزية عن اسرائيل عن ابراهيم
بن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال
يا هولا انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون
ذلك فقال عمر لا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج
وقال محمد في الاصل ولا يجوز فيما بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسية ولا يجوز السلم
فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا النسية ولا الصرف بالنسية ولا الذهب
بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع كلها
بمنزلة اهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير ولا اجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم فاما الخمر والخنزير
فاني اجيز بيعهما بين اهل الذمة لانهما اموال اهل الذمة استحسن ذلك وادع القياس
فيه من قبل الاثر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر رضي الله عنه الى لفظ الاصل ومن قال
لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسماية من الثمن سوى الالف
فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسماية من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالالف ولا شي على الضمين وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورة المسيلة ان يطلب
انسان من اخر شرا عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسماية والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف
فيجي اخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف درهم على اني ضامن
لك خمسماية من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال الصدر الشهيد ولو
لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب البيع بالالف حصل عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحسانا
ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامراته طلقي نفسك
ان شيت فقالت قد طلقت انه يجعل قبولا استحسانا فكذلك هذا كذا قال فخر الاسلام
وقال زفر والشافعي جاز البيع بالالف ولا شي على الضامن كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع
الصغير وهذه المسيلة من فروع الزيادة في الثمن والمثمن وهي جايزة عندنا خلافا لهما لانه
تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع لان العقد قد يقع بثمن عدل او رابح
او خاسر وكل ذلك مشروع ثم لو زاد المشتري نفسه في الثمن جاز فكذلك اذا زاد الاجنبي
ولكن ينبغي لك ان تعلم ان اصل الثمن لا يشرع الا مقابلة مال بخلاف فضول الثمن فان مقابلة
تسمية المال تكفي لا مقابلة حقيقة المال الا ترى من اشترى عبدا قيمته الف بالفين
جاز ولم يقابل الالف الزايد مال الا التسمية فصار اشتراط الفضل على الاجنبي جايزا بعد ثبوت
الاصل على المشتري بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يجب على الضامن شي لانه لم يوجد
صورة المقابلة ولا معناها ولم يكن ذلك واجبا بالبيع فصار التزام مال بسبيل الرشوة وانه

حرام باطل واورد الامام العتابي في هذه المسيلة سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال من الثمن كيف
يكون ثمنا ولم يدخل في ملكه شي من المبيع وكذلك هذا بيع بثمن علي غير المشتري وانه فاسد قلنا
له الثمن متي وجب مقصودا اشترط ان يدخل في ملكه شي من المبيع وهنا ثبت الزيادة
تبعا وصار كالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا بيعا بالثمن علي غير المشتري مقصودا بل
البيع مقصودا بالالف علي المشتري وهذه زيادة ثبتت تبعا علي غير المشتري وهذا جايز
كالزيادة في الثمن بعد البيع قوله ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيا يعني لا يسلم للمشتري
شي بمقابلة الزيادة اذا كان الالف بدون الزيادة يساوي المبيع فاذا كان كذلك
كان نظير الخلع لان في الخلع لا يسلم شي للمراة بمقابلة بدل الخلع لانه اسقاط محض
واشتراط البدل علي الاجنبي ثمة جايز فكذلك اشتراط الضمان هنا علي غير المشتري توضيح
هذا فيما قال ابو الليث السمرقندي رحمه الله ان ايجاب الضمان يجوز وان لم يكن له
شي من البدل الا تري ان رجلا لو ادعى علي رجل الف درهم فتكفل عنه رجل بغير امره
جاز الضمان وان لم يكن له وجب علي المطلوب شي فكذلك ها هنا صح ايجابه الضمان
علي نفسه وان لم يجب علي المشتري شي من تلك الزيادة قوله وهو يساوي المبيع
بدونها اي والحال ان الثمن يساوي المبيع بدون الزيادة قوله قال ومن اشتري
جارية ولم يقبضها حتي زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جايز اي قال محمد في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشتري جارية
فلم يقبضها حتي زوجها قال جايز فان وطيها الزوج فهذا قبض من المشتري وان لم
يطاها فليس بقبض اعلم ان التزويج قبل قبض المبيع جايز كالاعتاق لان المبيع مملوك
له فيجوز تصرفه بخلاف بيع المبيع قبل القبض فانه لا يجوز لورود النهي في ذلك والنكاح
ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه الا تري ان البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه
قبل القبض بخلاف النكاح وشرط البيع كونه مقدور التسليم بخلاف النكاح فانه ليس بشرط
فيه ولهذا لا يجوز بيع الابقة ويجوز انكاحها ثم اذا اجاز النكاح فهل يصير المشتري قابضا
بمجرد النكاح ام لا قال في شروح الجامع الصغير في القياس يصير النكاح قبضا كذا ذكره في
الاصل لانه عيب وبالتعييب يصير قابضا لانه تصرف فيها تصرف الملاك فجاز تصرفه
فصار كالعتق والتدبير وهما قبض فكذا هذا وجه الاستحسان ان النكاح عيب حكما وبالتعييب
الحقيقي انما يصير قابضا لوجود الاستيلا علي المحل حقيقة ولم يوجد الاستيلا حقيقة بالتعييب
الحكمي فلا يصير قابضا الا اذا وطيها الزوج فحينيذ يكون قابضا لانه حصل بتسليط المشتري
فصار كانه فعل بنفسه ولان التزويج سبب لاباحة الوطي فلا يكون قابضا بمجرد التزويج
كالشرا حيث لا يكون قابضا بمجرد الشرا لانه سبب لاباحة الوطي والاعتاق استيلا لانه
اتلاف المحل بانها الملك فيه قوله ومن اشتري عبدا فغاب الي اخره وهذه من مسايل
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع عبدا من رجل
ثم غاب المشتري قبل ان يقبضه فاقام البايع البينة انه باعه اياه قال ان كان
المشتري غايبا غيبة معروفة لم يبعه وان كان غايبا لا يدري اين هو باعه القاضي
فادي البايع ثمنه اعلم ان القاضي لا يلتفت الي البايع اذا طلب بيع العبد بثمنه ما لم
يقم البينة انه باعه اياه وانه غاب قبل نقد الثمن فاذا اقامها ينظر ان كان المشتري

غايبا غيبة معروفة لا يبيعه القاضي لانه اذا عرف مكانه يمكن استيفا الثمن منه فلا حاجة
الي البيع وان كان لا يدري مكانه يبيعه القاضي ويوفيه ثمنه لتعذر الاستيفا من المشتري
وهذا لان القاضي نصب ناظرا في امور المسلمين وفي البيع نظر للبايع والمشتري لان البايع
يصل الي حقه والمشتري يسقط عنه الدين وموضوع المسيلة فيما اذا لم يقبضه المشتري
ولم ينقده الثمن لانه اذا لم يقبض بقي رهن الاستيفا حق البايع منه اذا تعذر استيفاوه منه
كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض وليس هذا قضا علي الغايب بل هو
اعتبار اقرار الانسان بما في يده وانما طلب منه البينة لاظهار الامر عند القاضي ولدفع
التهمة لا لاثبات ملك الغايب لان الدعوي لم توجد منه وانما قلنا انه اعتبار اقرار الانسان
بما في يده لانه لو اقر به لغيره كان ملاصقا ذلك منه بحكم اليد فكذا اذا اقر بانه مشغول
بحقه صح ايضا فيثبت الملك ناقصا وهذا بخلاف ما اذا قبضه المشتري فغاب ولم يدر
مكانه حيث لا يباع العبد لانه انقطع تعلق البايع بالعبد ثم اذا بيع العبد بمثل الثمن الاول سلم
ذلك للبايع فان فضل يمسك القاضي الفضل الي ان يحضر المشتري وان نقص يكون
النقصان دينا علي المشتري واورد الفقيه ابو الليث سوالا وجوابا فقال فان قيل كيف يجوز
بيع ما لم يقبض قيل القاضي اذا قبضه من البايع يصير قبضه بمنزلة قبض المشتري فصار كان
المشتري قبض ثم غاب قوله فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن
كله ويقبضه فاذا حضر الاخر لم ياخذ نصيبه حتي ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا
بما ادي عن صاحبه ذكر هذه وهي من مسايل المختلف تفريعا لما تقدم والخلاف في موضعين
في قبض الكل وفي ولاية الرجوع اعلم اولا ان الحاضر ليس له ان يقبض العبد حتي يودي كل الثمن
بالاتفاق لان للبايع حق الحبس بكل الثمن فاذا ادي كل الثمن لا يقبض الا نصيبه ولا يرجع علي صاحبه
بما ادي عند ابي يوسف وعندهما يقبض الكل ويرجع بما ادي وجه قول ابي يوسف ان
الحاضر نصيبه النصف لا غير فلا يقبض نصيب صاحبه لانه ليس بوكيل عنه ولا يرجع عليه
بما ادي عنه لانه متبرع في قضا دينه ولهما انه ادي كل البدل فياخذ كل المبدل لانه اوفي
الكل بمقابلة الكل وانما يرجع علي صاحبه بما ادي عنه لانه مضطر في دفع كل الثمن
لانه لا يصل الي استيفا حق نفسه ما لم يود كل الثمن لان للبايع حق الحبس ما بقي من الثمن
شي فاذا كان مضطرا لم يكن متطوعا فيرجع بما ادي كمعير الرهن وهو ما اذا اعار انسانا
شيا ليرهنه فرهنه المستعير ثم افلس او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادي عنه عليه
وان كان ذلك الادا بغير امره لانه مضطر فكذا هذا ثم اذا كان له الرجوع علي صاحبه كان
له ان يحبس نصيبه الا ان يستوفي منه ما ادي عنه كالوكيل بالشرا اذا ادي الثمن من ماله
قوله لم يقبض الا نصيبه اي يقبض نصيبه خاصة عند ابي يوسف بطريق المهاياة قوله ومن
اشتري جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول للرجل ابيعك هذه
الجارية بالف مثقال جيد ذهب وفضة قال هذا نصفان خمسماية مثقال ذهب
وخمسماية مثقال فضة وقوله ابيعك مساومة لا ايجاب قالوا وانما وجب التنصيف
ولم يرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات

لانهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير الي تصحيح الاضافة والبيان فوجب من كل واحد منهما نصفه لعدم اولوية احدهما علي الاخر وكذلك لو قال بعت منك بالف دراهم ودنانير يجب من كل واحد منهما خمسماية ولا يحتاج في ذكر الدراهم والدنانير الي الجودة لانها تنصرف الي النقد المعروف لان المطلق ينصرف الي المتعارف بخلاف الذهب والفضة سوى الدراهم والدنانير حيث يحتاج الي ذكر الصفة من الجيد والوسط والردي لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة نعم هذا عرفت ان صاحب الهداية سامح في البيان حيث لم يذكر الجودة عند ذكر الذهب والفضة وقد ذكرها محمد في اصل الجامع الصغير قال صاحب الهداية لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الي الوزن المعهود في كل واحد منهما قلت ينبغي ان يراد في زماننا خمسماية درهم من النقد المعروف في ذلك البلد الذي وقع العقد فيه لانه هو المعهود المتفاهم في كلام الناس ووزن السبعة لم يبق معهودا ولا يفهم ذلك في عرفنا من اطلاق اللفظ **قوله** قال ومن له علي اخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه اي قال في الجامع الصغير وقولهما هو القياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان وله ان حقه في صفة الجودة مرعي كحقه في الاصل الا ترى ان المقبوض لو كان ستوقا او رصاصا لا يسقط حقه في الجودة فكذا اذا كان بهرجة فيتحقق فيضمن القابض مثل ما قبض ويرده ويسترد الجياد كي يصل كل واحد منهما الي حقه ويندفع الضرر وهذا ان كان ضمانا لنفسه علي نفسه جاز لانه مفيد كالمولى اذا اتلف شيا من اكساب عبده الماذون المديون قال فخر الاسلام وضمان الانسان لنفسه لا يصح لعدم الفايدة وقد حصل هاهنا فايدة وهو تدارك حقه كما ان شرا الانسان مال نفسه باطل فاذا افاد يدا انه صح ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده الماذون المديون فكذا هذا ولهما ان الزيوف جنس حقه بدليل انه لو تجوز به في الصرف والسلم جاز مع انه لا يجوز الاستبدال فيهما فعلم ان اصل الادا حاصل ولكنه بقي حقه في الجودة والجودة لا قيمة لها بانفرادها عن الاصل لا صورة ولا معنى في اموال الربوا فسقط حقه في الجودة لعدم امكان رعاية المماثلة ولم يمكن صيانة حقه في الجودة بايجاب ضمان الزيوف لان الانسان انما يضمن حقا لغيره عليه لا حقا لنفسه علي نفسه وهذا لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان ضامنا لنفسه علي نفسه وهو محال لانه لا نظير له في الشرع ورجح الفقيه ابو الليث قولهما بقوله الا ترى ان رجلا لو اشترى ابريق فضة بدراهم فوجد به عيبا فلم يرده حتى هلك عنده لا يرجع بشي لانه كان له حق الفسخ فاذا هلك عنده عجز عن الفسخ فكذلك هاهنا **قوله** انه من جنس حقه اي المقتضى به وهو الزيوف **قوله** لو تجوز به اي اخذه مساهلا النقصان حقه **قوله** فيما لا يجوز الاستبدال اراد به الصرف والسلم **قوله** لما ذكرنا اشارة الي قوله لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه **قوله** فاذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض وكذا اذا اتكنس فيها ظبي وهذه من مسايل الجامع الصغير وانما صار الفراخ او البيض او الظبي المتكنس للاخذ لا لصاحب الارض لانه مباح سبقت يده اليه وذلك لان رب الارض لم يحرزها اليه ولانه صيد والصيد لمن اخذ بالحديث والبيض اصل الصيد فاخذ حكمه ولهذا وجب علي المحرم

مطلب مهم في ان وزن السبعة لم يبق معهودا في عرفنا

الجزا

الجزا اذا كسر البيض او شواه كما اذا قتل الصيد هذا اذا لم يعد صاحب الارض موضعا للفراخ الصيد ليأخذها فصار كنصب خيمة او شبكة للجفاف فتعقل بها صيد فهو للاخذ فان اعد موضعا للفراخ فهي لصاحب الارض روي ذلك عن محمد كذلك لانه صار اخذا حكما ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير في نثار الدراهم والسكر اذا وقع الدرهم او السكر في ثوب رجل لم يملكه الا ان يضم ذلك الي نفسه بعد الوقوع او يقصد ذلك قصدا ويتهيا له بخلاف النحل اذا عسلت في ارض انسان كان العسل لصاحب الارض لانه ليس بصيد بل هو نزل من انزال الارض قايم بها تابع لها فصار كالشجر النابت في ارض انسان والتراب الذي اجتمع فيها من الما ونقل الفقيه ابو الليث عن الرقيات مسايل نحو هذا قال قال محمد لو ان رجلا اتخذ حظيرة في ارضه فدخل الما واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد ان يأخذه ولو اتخذ لحاجة اخرى ثمن اخذ السمك فهو له قال وكذلك الرجل حفر في ارضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن اخذه وكذلك لو ان رجلا وضع صوفا علي ظهر البيت في المطر فابتل ثم ان رجلا عصره واخرج منه الما فهل له ان يسترد فقال ان كان وضعه لاجل ما المطر فله ان يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له ان يسترده وذكر الفقيه ابو الليث ايضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو ان صيدا باض في ارض رجل او تكسر فيها فجا رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان منعه اياه في موضع يقدر صاحب الارض علي اخذه قريبا كان الصيد لرب الارض لمنعه اياه كانه اخذه بيده اخذا وان لم يكن يحضره لا يملكه ولو ان صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب فان كان يقدر علي اخذه بغير صيد فقد ملكه ولو انه اغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن اخذه وافرخ الطير وفرخ بمعنى واراد بقوله تكنس اي استتر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ويروى تكسر اي تكسر رجله وانما قيد به لانه لو كسره احد كان له **قوله** ما لم يكفه وكان مستعدا له هو في قوة النفي كما في قوله تعالى لم تكن امنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا **قوله** عسل النحل هو بالحا المهملة يقال زنجبيل معسل اي جعل فيهم العسل وعسل القوم اي زود لهم العسل **قوله** عد من انزاله بفتح الهمزة اي عد العسل من انزال الارض وذكر الضمير الراجع الي الارض وهي مونثة علي تاويل المكان كقوله ولا ارض ابقل ابقالها والانزال جمع نزل يقال طعام كثير النزول والنزل اي الريع وهو الزيادة

كتاب الصرف

وجه المناسبة مر في اول باب السلم **قوله** الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره الصرف اسم للعقد الواقع علي جنس الاثمان والدليل علي جواز عقد الصرف ما خرجت البخاري في الصحيح باسناده الي ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها علي بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها علي بعض ولا تبيعوا منها غايبا بناجز وروى صاحب السنن باسناده الي ابن عمر رضي الله عنهما قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه

واعطي هذه من هذه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك اسائلك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا باس ان تاخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وليس بينكما شي قال صاحب الهداية سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا وحاصل معنى كلامه ان العقد الواقع على جنس الاثمان سمي بالصرف اما لمعنى النقل فيه واما لمعنى الزيادة اما معنى النقل والرد فكما قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم واما معنى الزيادة فقال في تهذيب ديوان الادب الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة وجودة الفضة ورايت في كتاب العين للخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة واما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه نظر لانه اورد الزمخشري في فايقه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذكر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا تقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف التوبة لانه صرف النفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة وقال صاحب الجمهرة قال بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجمهرة قال الامام الاسبيجابي اعلم ان الصرف اسم لعقود ثلثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالاخر فلما اختص باسم الصرف اختص بشرايط ثلثة احدها وجود التقابض من الجانبين جميعا قبل التفرق بالابدان والثاني ان يكون عقد الصرف باتا ليس فيه خيار الشرط ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض من الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز ويتم عقد الصرف عند علمائنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز وكذلك عقد السلم وجب ان يكون باتا لا خيار فيه ويثبت في عقد الصرف خيار العيب وخيار الرؤية كما يثبت في غيره من العقود الا ان خيار الرد بالعيب يثبت في العين والدين جميعا وخيار الرؤية انما يثبت في العين خاصة لان خيار العيب والرؤية يثبت حكما بغير شرط ولا يمنع وقوع الملك فثبوته في عقد الصرف لا يبطله ولا كذلك خيار الشرط لانه يثبت بالشرط ويمنع وقوع الملك والشرط الثالث ان لا يكون بدل الصرف مؤجلا ويكون حالا فان ابطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز عندنا هذا حاصل ما قال في شرح الطحاوي والباقي يعرف ثمه ويجوز ان يقال بطريق الاختصار شرايط الصرف التقابض قبل الافتراق والافتراق بلا خيار ولا تاجيل قوله اذ لا ينتفع بعينه اي لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بغيرهما بما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب في دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك قوله فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة وهذا لفظ القدوري في مختصره اي وان اختلف العوضان في الجودة بان يكون احدهما اجود من الاخر وفي الصياغة بان يكون احدهما احسن صياغة من الاخر والاصل فيه ما حدث محمد بن الحسن في

اول بيوع الاصل

اول بيوع الاصل عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا وتمام الحديث ذكرناه في اول باب الربا وقد روينا قبل هذا ايضا عن الصحيح البخاري عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض الحديث واعتبار فضل الجودة ساقط لما قوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وبالاجماع وقد مر بيان ذلك في اول باب الربا وحدث محمد رحمه الله في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به لا بيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا قوله قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اي قال القدوري في مختصره يعني قبل الافتراق بالابدان وانما اشترط التقابض قبل الافتراق لقوله عليه السلام يد بيد وقد مر انفا وقد حدث صاحب السنن عن القعنبي عن مالك عن ابن شهاب عن مالك بن اوس عن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والحديث الذي رويناه في اول كتاب الصرف عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكر في اخره ولا تبيعوا منها غايبا بناجز يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق لان الغايب لا يمكن قبضه وروى محمد في اوايل كتاب الصرف وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر رضي الله عنه انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا تبع منهما غايب بناجز فاني اخاف عليكم الرماء وان استنظرك الى ان يدخل بيته فلا تنظره والرماء بالمد يعني الربوا وقال القدوري في شرحه لمختصر الطحاوي وعن ابن عمر انه قال ان وثب من سطح فثب معه ومعنى قوله هاء وهاء اي يقول كل واحد من العاقدين لصاحبه هاء اي خذ فيتقابضان قبل التفرق وهذا الذي ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق ولان قبض احدهما واجب حتى لا يكون بالكالي فوجب قبض الاخر ايضا قبل الافتراق طلبا للمساواة احترازا عن الربوا ولان احد العوضين ليس باولى من الاخر في القبض لان خلقة الذهب والفضة للثمنية وان كانا مما يتعينان كالتبر والمصوغ واطلاق الحديث في قوله الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء يدل على ان حكم العين والدين سواء فيهما قوله لما رويناه اشارة الى قوله يدا بيد قوله فلا يتحقق بالنصب لانه جواب النفي وهو قوله لا بد قوله لاطلاق ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل قوله والمراد منه الافتراق بالابدان اي المراد من الافتراق المذكور في قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق هو الافتراق بالابدان قال في شرح الطحاوي ثم وجود التقابض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى انهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلا او اكثر فلم يفارق احدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم

تقابضا وافترقا جاز الصرف وكذلك الحكم في تسليم راس المال في باب السلم يعني ان
قبض راس المال قبل التفرق بالابدان شرط وقال شمس الايمة البيهقي في كفايته
والافتراق المعتبر الافتراق بالبدن دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا او ناما في
المجلس او اغمي عليهما او طال قعودهما لا يبطل لما مر ان الدراهم والدنانير لا يتعينان وقال
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وسوا كان المبيع دينا بدين او عينا بعين او عينا
بدين وذلك لان العقد ان كان على الدراهم والدنانير فحكمها لا يتعين بالتعيين وانما
يتعلق بالذمة فالتعيين وعدمه سوا وان كان العقد على التبر والانية فهو مما يتعين
الا انها من جنس الاثمان فبينا كون حكم القبض فيها فصار التعيين وعدم التعيين سوا قوله
المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم اي المعتبر في قبض راس مال السلم ما ذكرناه
وهو الافتراق بالابدان يعني ان قبض راس المال قبل الافتراق بالابدان شرط قوله
بخلاف خيار المخيرة مرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان الصرف لا يبطل بذهاب
العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل وان مشت مع زوجها لان اشتغالها بالمشي
دليل الاعراض عما جعل اليها فيبطل خيارها وان لم تفارق الزوج كذا قال القدوري
رحمه الله في شرحه قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه ووجب التقابض والاصل فيه ما روينا في اول باب
الربوا عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا
اختلفت هذه الاصناف فبيعوه كيف شيتم اذا كان يدا بيد وروى عبادة ايضا
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق
ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سوا بسوا عينا بعين
ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر
بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شيتم وقد مر في اول باب الربوا وحدث صاحب
السنن مسندا الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وتمام الحديث مع شرحه مر قبل هذا ومعنى قوله
ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازا وذلك لان الربا يستلزم الحرام
وهذا الحديث يدل على جواز التفاضل ووجوب التقابض جميعا قبل الافتراق لانه
استثنى التقابض من الربا فبقي بعد الاستثنا على عمومه فجاز التساوي والتفاضل
والمجازفة بين الذهب والورق فافهم قوله فان افترقا في الصرف قبل قبض
العوضين او احدهما بطل العقد وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما بينا
ان التقابض قبل الافتراق بالابدان شرط بدليل مقتضيه فلما كان التقابض
شرطا فاذا افترق العاقدان قبل قبض العوضين او احدهما يفوت الشرط
فيبطل العقد لعدم شرطه والدليل على ان القبض شرط عدم صحة شرط الخيار
لهما او لاحدهما وعدم صحة الاجل ايضا وهذا لان شرط الخيار يمنع الملك فلا يبقى
القبض بعد ذلك مستحقا فيفوت الشرط وبالاجل يفوت القبض الواجب
بعقد الصرف فيفوت الشرط ايضا فان ابطل الخيار قبل الافتراق او كان الخيار
لاحدهما فابطله من له الخيار قبل الافتراق جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف

ومحمد

ومحمد قولا الاستحسان والقياس ان لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر
وقد مر ذكره والقدوري ذكر القياس والاستحسان هكذا في شرحه واذا اسقط الاجل
ما الافتراق او كان الاجل لاحدهما فاسقطه قبل الافتراق صح البيع ايضا استحسانا وهو قول
ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعن ابي يوسف ان صاحب
الاجل اذا ابطل الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه وفرق في هذا المعنى بينه وبين
الخيار لان الاجل في الاصل لا يمنع من وقوع الملك فاذا شرط في الصرف منع من وقوع
الملك فصار كالبيع المشروط فيه الخيار لهما فلا يصح باسقاط احدهما وليس كذلك الخيار
لانه موضوع في الاصل لنفي الملك ويمنع الملك باسقاط خيار صاحب الخيار خاصة فكذلك
اذا شرط في الصرف فمنع من الملك صح العقد باسقاطه خاصة ولهما ان العقد فسد بمعنى
ملحق وهو التاجيل كما فسد بمعنى ملحق وهو الخيار فاذا صح باسقاط من له الخيار خياره
وان لم يرض الاخر كذلك يصح اذا اسقط صاحب الاجل اجله ويعود العقد الى الاطلاق
كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قوله ولهذا لا يصح شرط الخيار
فيه اي في الصرف وهو ايضاح لكون القبض شرطا وانما قيد بشرط الخيار لان خيار العيب
وخيار الروية يثبتان في الصرف كما في ساير العقود الا ان خيار الروية لا يثبت الا في العين
وقد مر ذلك في اول كتاب الصرف قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله وليس
في الدراهم والدنانير خيار الروية عند اصحابنا جميعا وكذلك ساير الديون التي تقع عليها العقود
قال القدوري في شرحه وذلك لانه لا فايدة في ردها بالخيار لان العقد لا ينفسخ بردها وانما
يرجع بمثلها ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يستفيد بالرد فايدة فلذلك
لا يثبت الخيار قوله قبل تفرقه اي قبل تقرر الفساد وانما قيد بهذا لان اسقاط الخيار او الاجل
اذا كان بعد الافتراق لا يعود العقد صحيحا ابدا لتقرر الفساد قوله ولا يجوز التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان احد العاقدين في الصرف اذا
ابرا صاحبه مما عليه قبل القبض او وهبه له او تصدق به عليه فقبل الاخر بطل الدين
وانتقض الصرف لان البراءة توجب سقوط القبض والقبض مستحق حقا لله تعالى
لانه اوجب القبض شرطا لبقاء العقد صحيحا فاذا اتفقا على اسقاط القبض بطل العقد
لفوات الشرط ولو لم يقبل من عليه لم يبطل لان البراءة سبب الفسخ فلا يثبت بقول احدهما
بعد صحة العقد فلو لم يفعل شيا من ذلك ولكنه اشترى به عرضا من العروض او
شيا من المكيل والموزون او قبض عنه شيا من غير جنس الدين فالبيع فاسد وثمن الصرف
على حاله يقبضه منه ويتم العقد الاول وقال زفر البيع الثاني جايز ويكون ثمن المبيع
مثل الدين في ذمة المشتري قال القدوري في شرحه وهذا على احدى الروايتين
عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل ثمن الصرف في الذمة وجه
قولنا ان كل واحد من بدلي الصرف مبيع لانه لا بد للبيع منه ولا اولوية لواحد منهما
والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز قال في الشامل في قسم المبسوط اشترى
بدل الصرف قبل ان يقبضه لا يجوز لان قبض بدل الصرف حق الشرع فاسقاطه
لا يجوز ولم يذكر فيه خلاف زفر قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح
الجامع الكبير اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير انهما عند الاشارة اليهما هل يتعينان

في العقود ام لا قال ابو طاهر الدباس انهما لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابي حازم وهو قول
اكثر مشايخ بلخ ونسبه الشيخ ابو سهل الشرعي الي عامة المشايخ وقال الكرخي اذا اشار اليها
تعينت ولكن مع هذا للمشتري ان يمنعها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينها وبين غيرها
وسيجي البحث فيه في باب الوكالة بالبيع والشرا ان شا الله تعالي قوله فينصرف العقد
الي مطلقها اي الي مطلق الدراهم فصار كانه لم يضف العقد الي بدل الصرف وذلك
لعدم تعين الدراهم والدنانير في المعاوضات قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا
ان يكون متعينا كما في المسلم فيه هذا جواب سوال مقدر بان يقال لو كان كل واحد
من بدلي الصرف مبيعا لكان متعينا فاجاب عنه بمنع الملازمة كما في المسلم فيه لانه
مبيع واجب في الذمة وليس بمعين قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وهذا
لفظ القدوري في مختصره اعلم ان بيع الذهب بالفضة او الفضة بالذهب يجوز مجازفة
سوا كانا متساويين في الوزن او كان احدهما اكثر من الاخر لان المساواة ليست بمشروطة
عند اختلاف الجنسين لما روي عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد فلما لم
يكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حراما لان حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل
ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق بالابدان لهذا الحديث ولقوله عليه السلام الذهب
بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المراد بقوله في المتن لما ذكرنا قوله بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة يتعلق بقوله ويجوز بيع الذهب بالفضة يعني لا يجوز بيع الذهب او الفضة
بالجنس اذا لم يعرف العاقدان وزن واحد منهما او كانا يعرفان وزن واحد منهما
ولا يعرفان وزن الاخر او كان احدهما يعرف وزنهما
ولا يعرف الاخر وقال زفر اذا وزنا فوجدا سوا جاز سوا عرف في المجلس او بعد
التفرق وعندنا اذا وزنا في المجلس فكانا سوا جاز وان وزنا بعد التفرق فوجدا سوا
فسد والاصل فيه قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والفضل ربوا فاذا
بيعا مجازفة لم يجز لاحتمال الربوا ولم يرد النبي صلى الله عليه وسلم المماثلة في علم الله
تعالي لانه لا سبيل اليه وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد ذلك فاما اذا
وزنا في المجلس فوجدا سوا فكان القياس ان لا يجوز لان العقد وقع علي فساد فلا يصح
بعد ذلك وفي الاستحسان يجوز لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعا
للعسر وتخفيفا لليسر فكان العلم بالمماثلة في المجلس كالعلم بها في حال العقد وجه قول
زفر ان الوزن يحتاج اليه للمماثلة فاذا كانت المماثلة موجودة في الواقع جاز
قوله ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته
الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد ثمن الفضة وهذه من مسايل الجامع الصغير وهذا استحسان كذا قال الفقيه
ابو الليث وذلك لان قبض حصة الطوق قبل الافتراق واجب حقا للشرع
وقبض ثمن الجارية قبل الافتراق ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغير
الواجب والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب وبما فيه صحة العقد
كمن ترك في صلاته سجدة صلبية واتي بسجدتي السهو يصرف احدهما الي

الصلبية

الصلبية وكمن ترك طواف الزيارة واتي بطواف الصدر ينتقل ذلك الي طواف الزيارة حملا
لامره علي الصحة فكذا هنا وكذا لو اشتري الجارية التي في عنقها طوق فضة هو الف
مثقال بالفي مثقال الف منهما نسيئة يكون المنقود حصة الطوق والموجل حصة الجارية
لان الاجل بنافي القبض المشروط في عقد الصرف والظاهر من حال المسلم مباشرة العقد
علي وجه الجواز فلا جرم كان النقد حصة الطوق دون الجارية قوله منهما اي من
المتعاقدين قوله وكذا لو باع سيفا محلي بماية درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن
خمسين جاز البيع فكان المقبوض ثمن الحلية وان لم يبين ذلك وهذه من مسايل
القدوري وذلك لان الظاهر منه الاتيان بالواجب وهو المراد بقوله لما بينا قال
القدوري في مختصره وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما يعني يكون الخمسون
المدفوع حصة الحلية خاصة حملا لامره علي الصلاح وهذا لان الاثنين يجوز ان يراد
بهما الواحد كما في قوله تعالي يخرج منهما اللولو والمرجان وانما يخرجان من الملح دون
العذب وكقوله تعالي يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وانما الرسل من
الانس لا من الجن وكقوله تعالي في قصة موسي وفتاه نسيا حوتهما وكان النسيان
من احدهما وهو الفتي وكما في قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث ولابن عم له اذا سافرتما ٥
فاذنا واقيما وانما اراد ان يوذن احدهما فاذا احتمل الاثنان الواحد ربما الواحد فيما
نحن فيه حملا لامور المسلمين علي الصلاح ما امكن قال في شرح الطحاوي ولو اشتري
بالفضة فضة مع غيرها او ذهبا بالذهب مع غيره كما اذا اشتري بالفضة سيفا محلي
حليته فضة او منطقة مفضضة او لجاما مفضضا او جارية وفي عنقها طوق من فضة
فهذه المسايل علي اربعة اوجه في ثلثة منها البيع فاسد وفي وجه البيع جايز اما الثلثة
التي يفسد البيع فيها احدها ان يكون وزن الفضة المنفردة مثل وزن الفضة التي
مع غيرها لان الفضة بالفضة والفضل ربوا سوا كان الفضل من جنسها او من خلاف
جنسها والثاني ان يكون وزن الفضة المنفردة اقل من وزن الفضة التي مع غيرها فلا يجوز
والثالث اذا كان لا يدري وزنه اقل او اكثر فالبيع لا يجوز عندنا لان جهة الفساد غالبة لانه
يفسد من وجهين اذا كانا سوا او كان وزن المنفردة اقل ويجوز من وجه واحد وهو ان
يكون وزن المنفردة اكثر فيحمل علي الفساد وعند زفر يجوز البيع لان البيع لا يفسد بالشك
واما الوجه الذي يجوز البيع فهو ان يكون وزن المنفردة اكثر فيكون الفضة بالفضة والزيادة
بازا خلافه وقال ايضا وكذلك هذا الحكم فيما اذا اشتري ذهبا مع غيره بذهب كما اذا اشتري
بالذهب ثوبا منسوجا بالذهب او اشتري جارية مع حليها والحلي من الذهب بالذهب
فهو علي اربعة اوجه علي ما ذكرناه كما ذكرنا قوله فان لم يتقابضا حتي افترقا بطل العقد
في الحلية هذا لفظ مختصر القدوري وترتيب لفظه فان لم يتقابضا حتي افترقا بطل
العقد في الحلية والسيف اذا كانت لا يتخلص الا بضرر وان كانت تتخلص بغير
ضرر جاز البيع في السيف وبطل في حصة السيف هل يوجب بطلان العقد ام لا
فنقول ان كان لا يتخلص الحلية بغير ضرر فيوجب البطلان في حصة السيف ايضا
وان كانت تتخلص بغير ضرر فيوجب البطلان في حصة الحلية خاصة وذلك لان
بيع الحلية دون السيف او السيف دون الحلية جايز اذا كانت تتخلص بغير ضرر

ابتدافكذا بقا وبيع احدهما دون الاخر لا يجوز ابتدا اذا كانت لا يتخلص الا بضرر فكذا بقا وصار كبيع
ذراع من ثوب وجذع من سقف لكن هذا فيما اذا علم ان الدراهم اكثر من الحلية فان علم ان
الدراهم مثل الحلية او اكثر او اقل حتى افترقا بطل البيع لاحتمال الربوا من وجهين وهو اذا كانت
الدراهم مثل الحلية او اقل منها قال القدوري في شرحه لمختصر الطحاوي وكذلك اذا اختلف
التجار فقال بعضهم الثمن اكثر مما فيها وقال اخرون هو مثله او اقل فان البيع باطل في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال زفر والحسن البيع جايز حتى يعلم ان الحلية مثل الثمن
او اكثر لان عقود المسلمين محمولة على الصحة فما لم يعلم بالتفاضل فالعقد جايز ولنا ان المماثلة
في الفضة شرط فاذا لم يعلم لم يوجد الشرط فلا يصح العقد **قوله** وكذا في السيف اي يبطل
العقد في السيف ايضا ان كان لا يتخلص الحلية الا بضرر **قوله** وهذا اذا كانت الفضة
المفردة ازيد مما فيه اي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما اذا كانت الفضة
المفردة اكثر من فضة الحلية التي في السيف وهي الفضة المضمومة الى السيف لانه حينئذ
تكون الفضة بالفضة والباقي بمقابلة النصل والجفن والحمايل ولكن بطلانه في الحلية
لفوات شرط صحة العقد بقا وهو التقابض قبل الافتراق **قوله** فان كانت مثلها او اقل منه
او لا يدري لا يجوز البيع للربوا ولاحتماله فيه صنعة اللف والنشر يعني لا يجوز البيع في السيف
ايضا اذا كانت الفضة المفردة مثل ما في السيف او اقل مما في السيف من الفضة
للربوا لان الفضة بالفضة والزايد ربوا واذا كانت الفضة المفردة لا يدري انها
مثل ما في السيف او اقل واكثر لا يجوز البيع لاحتمال الربوا من وجهين وهما اذا كانت
الفضة المفردة اقل ومثله **قوله** وجهة الفساد من وجهين فترجحت ولا يقال لا
يجوز الترجيح بما يصلح ان يكون علة وهنا كل واحد من الوجهين علة لفساد الربوا فكيف
صلح مرجحا لانا نقول معناه ان كل واحد من الوجهين اذا كانت علة لفساد البيع كان
اولى بان يفسد اذا اجتمعا وليس معناه ان الفساد لم يثبت باحدى الجهتين لم
يثبت جهة اخرى **قوله** ومن باع انا فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع
فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الانا مشتركا بينهما اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد بقا وهذا العقد صرف كله وقد وجد
شرط الصحة في حق البعض دون البعض فصح العقد فيما وجد فيه الشرط دون ما لم
يوجد فيه ولم يكن الفساد شايعا في الكل لان الفساد طاري وهذا لان التقابض شرط
للصحة بقا لا ابتدا فاذا كان كذلك فوقع العقد صحيحا ثم طرا الفساد بالافتراق قبل
التقابض **قوله** لانه صرف كله اي لان هذا العقد صرف كله بخلاف مسئلة الجارية
التي في عنقها طوق فضة ومسئلة السيف المحلى فان العقد ثمة بيع وصرف
فلهذا اذا دفع حصة الحلية او الطوق قبل الافتراق جاز البيع في الكل لان التقابض
ليس بشرط فيما لم يكن صرفا وفيما نحن فيه لما كان العقد صرفا محضا اشترط التقابض
في الكل فصح فيما وجد وبطل فيما لم يوجد **قوله** ولو استحق بعض الانا فالمشتري
بالخيار ان شا اخذ الباقي بحصته وان شا رد وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لانه تعيب بعيب الشركة من غير صنعه وانما قلنا انه تعيب لان الشركة
في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض يوضحه انه لو تزوج امراة

على دار

على دار فاستحق بعضها كان لها الخيار ولا يثبت الخيار في المهر الا بعيب فثبت ان الاستحقاق
عيب لكونه شركة فاذا ثبت العيب ثبت الخيار كما في ساير العيوب فان اختار الاخذ
اخذ الباقي بالحصة لان حصة المستحق انفسخ العقد فيها فسقطت عنه وهذا بخلاف المسئلة
الاولى حيث كان الانا مشتركا ومع هذا لم يثبت الخيار بعيب الشركة لان العيب حصل
بصنع منه وهو الافتراق قبل التقابض فظهر الفرق **قوله** وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها
اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له هذا لفظ القدوري في مختصره وانما لم يثبت الخيار لان الشركة
في قطعة نقرة ليست بعيب لانها لا ينتقص بالتفريق بخلاف الانا فاذا لم يكن عيبا لم
يثبت الخيار لان الخيار لا يثبت بلا سبب والنقرة قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان
فعلى هذا تكون الاضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل اضافة الجنس الى النوع والنقرة ايضا حفرة
في الارض غير كبيرة ونقرة القفا كذلك **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم
جاز البيع ويجعل كل جنس بخلافه اي قال القدوري في مختصره وعلى هذا اذا باع كر حنطة وكر
شعير بكري حنطة وكر شعير او باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حليتهما
يصح البيع عندنا وقال زفر والشافعي لا يصح العقد اصلا لانه قابل الجملة بالجملة فما من جزء من
هذا الجانب الا ويقابله جزء من الجملة في الجانب الاخر ثم الربوا فانه لم يتحقق من حيث انه
انه مقابلة الجنس بخلاف الجنس يتحقق من حيث انه مقابلة الجنس بالجنس وذلك لان
قضية هذه المقابلة انقسام البدل على المبدل على الشيوع الا ترى انه لو اشترى عبدا او
جارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا بالاجماع
فلولا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ولان
ولان تصحيح العقد لا يمكن الا بصرف مقابلة الجنس الى خلاف الجنس وهو تغيير لمطلق
المقابلة التي اطلقها العاقدان فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لانه يصير المقابلة
غير الاولى ويكون التصرف تصرفا اخر بدل على ذلك هذا المعقول والاحكام اما
المعقول فهو ان الواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره
وقصده لا على خلاف ذلك والعاقدان قصدا المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس الى خلاف
الجنس وهي انشا تصرف اخر ونسخ التصرف الاول واما الاحكام فمنها انه لو باع قلب
فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وثوبا قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم ثم باعهما
مرابحة بربح عشرين لا يجوز وان امكن تصحيح التصرف بصرف الربح الى الثوب خاصة ومنها انه
اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية
لا يجوز ويفسد العقد فيما اشتراه اولا عندكم لانه شرا ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيح
العقد بصرف الالف الى المشترى والباقي الى العبد الاخر ومنها انه لو باع عبدا
مطلقا وله عبد واحد لا يجوز وان امكن صرفه الى العبد المملوك لما فيه من ابطال وصف
الاطلاق وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعت احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيح العقد بصرفه الى عبد نفسه ومنها لو باع درهما وثوبا بثوب ودرهم ثم افترقا
قبل التقابض لا يجوز في الدرهمين وان امكن تصحيح التصرف بصرف الجنس الى
خلاف الجنس وكذا لو باع قفيز تمر بقفيزي تمر لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرف
النوى الى التمر والتمر الى النوى لما فيه من ابطال وصف الاطلاق ولنا ان العاقدين

ذكر المقابلة مطلقة وهي تحتمل مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس فيحمل على مقابلة الجنس
بخلاف الجنس حملا لامور المسلمين على الصلاح لان الظاهر من حال المسلم قصد الصحة والصلاح
كمن باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف العقد الى نصف البايع لا الى
النصف الشايع بين النصفين والدليل على احتمال مقابلة الجنس بخلاف الجنس صحة
التفسير فانه اذا قال بعت الدرهمين ودينارا بدينارين ودرهم على ان يكون الدرهمان
بدينارين والدينار بدرهم صح والشي لا يجوز تفسيره بما لا يحتمله وكذا لو قال عينت بدلك
جاز ولا يلزم من مقابلة الجنس بخلاف الجنس خروج المقابلة عن كونها مقابلة الجملة بالجملة
الا انه يتقيد باحد الوجهين دون الاخر وهو كون الجنس بخلاف الجنس لا كون الجنس بالجنس
الا ترى ان احدا لو قال قابلت هذه الطايفة بتلك الطايفة يحتمل ان يقابل كل واحد من احدى
الطايفتين بجميع الطايفة الاخرى او يقابل كل واحد من هذه بكل واحد من تلك على التعيين
قال في الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى ان العقد شرع جايزا والفساد انما يكون
بمفسد ومعارض وههنا متى حكمنا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد
اثبتنا امرا عارضا مفسدا لم يات هو به ولم يعين فلا يجوز على انا نقول اذا اريد بهذه المقابلة
مقابلة الجنس لا يتغير اصل المقابلة بل تتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز
ان يراد به المقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد اريد المقيد هنا نظرا الى حال المتصرف فكان هذا
تصحيح التصرف على الوجه الذي قصده المباشر لا على خلافه والجواب عن الاحكام فنقول اما
الجواب عن مسيلة المرابحة فلو صرف الربح كله الى الثوب لا يبقى بيع القلب والثوب
جميعا مرابحة لانه حينيذ يكون بيع الثوب مرابحة وبيع القلب تولية والعاقد قصد بيعهما
مرابحة فيلزم تغيير تصرفه اصلا بخلاف ما نحن فيه واما الجواب عن المسيلة الثانية
فنقول ان طريق تصحيح العقد ثمه متعدد ليس بمتعين فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد
وهذا لانا لو صرفنا خمسماية او اقل من ذلك بدرهم او بدرهمين او ثلثة ونحو ذلك الى
العبد الاخر يلزم شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق
التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس واما الجواب عن الثالثة والرابعة
فانما لم ينصرف العقد الى عبد مملوك للعاقد لانه اضاف العقد الى المنكر وهو غير المعين فلا
يمكن تصحيح تصرف المباشر في محل اخر غير المحل الذي باشر فيه واما الجواب عن الخامسة
فنقول لا حاجة ثمه الى صرف الجنس الى خلاف الجنس لان العقد صحيح بدون ذلك وانما
الفساد وقع في حالة البقا بالافتراق من غير قبض وفيما نحن فيه لا يصح العقد ابتدا الا بدون
صرف الجنس الى خلاف الجنس فافترقا واما بيع قفيز تمر بقفيزي تمر فانما لم يجز وان كان
النوى غير التمر حقيقة لان الشرع جعلهما شيا واحدا حيث اجرى الربوا في التمر وفي
المسيلة السابقة التي استشهد بها الخصم انما رجع المشتري بقيمة العبد في الثوب
والفرس جميعا لان بعض الافراد ليس باولى من البعض وفيما نحن فيه تصحيح العقد
في صرف الجنس الى خلافه تحمل عليه **قوله** وعلى هذا الخلاف وكذا الخلاف ايضا فيما اذا
باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين وبه صرح في طريقة الخلاف **قوله** اشترى
قلبا اي سوارا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع
وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد بان يجعل

الجنس بخلافه

الجنس بخلاف تغيير وصف التقابل من الاطلاق الى القيد لا تغيير اصل التقابل لان اصل التقابل
باق كما كان ولهذا ثبت الموجب الاصلي لتقابل الكل بالكل وهو ثبوت الملك في الكل **قوله**
والطريق في المسيلة الثانية اي طريق تصحيح العقد واراد بالمسيلة الثانية **قوله** اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية **قوله** وفي الثالثة اي
في المسيلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما **قوله** وفي
الاخيرة اي وفي المسيلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من
غير قبض **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة
بمثلها والدينار بالدرهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه الله لا يصح هذا البيع
والكلام معه هنا كالكلام في المسيلة الاولى وانما جاز هذا البيع لان شرط جواز بيع الفضة
بالفضة التماثل بالحديث وقد وجد ذلك وزيادة درهم بمقابلة دينار ولا يشترط التساوي
فيهما لاختلاف الجنسين وانما جوزنا على هذا الوجه حملا لامور المسلمين على الصلاح
ولان كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بيعها بجنسها وبغير جنسها كالثياب والاصل في هذه
المسايل ما ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري رحمه الله في شرحه لمختصر الكرخي ان قسمة احد
البدلين على الاخر في البيع لا فايدة له الا تحصيل احكام العقد وهي الرد بالعيب والرجوع عند
الاستحقاق بثمن ووجوب الشفعة فيما فيه الشفعة فاذا كان العقد لا ربوا فيه قسم
ما في احدى الجنبتين على الاخرى فما كان من ذلك لا يتفاوت قسم العدل على الاخر وان
كان مما يتفاوت قسم على القيمة واما ما فيه الربوا فانه يقسم على الوجه الذي يصح فيه العقد لا على
الوجه المفسد لان القسمة انما تطلب لتصحيح احكام العقد ولا يحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز
ان يقسم قسمة يبطل بها العقد واحكامه واذا كان كذلك فالقسمة فيما فيه الربوا على ضربين
احدهما قسمة الاعتبار وهو ان يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه فلا يجوز العقد حتى يكون الجنس
المفرد اكثر من جنسه الذي في مقابلته فيحصل الجنس بمثله في الوزن ان كان موزونا وفي
الكيل ان كان مكيلا والفضل بالجنس الاخر وهذا كبيع عشرة دراهم بخمسة ودينار والنوع
الثاني من القسمة المخالفة بين البدلين وهو ان يبيع جنسين فيهما الربوا بجنسيهما وهنا
تفاضل مثل درهمين ودينار بدينار ودرهم فكمدي حنطة ومد شعير بمدي شعير
ومد حنطة فالعقد جايز عندنا قال في شرح الاقطع وتسمى هذه القسمة قسمة المخالفة بين
البدلين **قوله** ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شي اخر تبلغ قيمته
باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وهذه المسيلة ذكرها هنا تفريعا ولم يذكرها في
البداية لانها ليست من مسايل الجامع الصغير ومختصر القدوري قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي واذا تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب وزن احدهما اكثر من وزن
الاخر ومع اقلهما وزنا شي اخر من خلاف جنسه فالبيع جايز لانه يصير وزنا بوزن والزيادة
بازا خلافه وان كان قيمة الخلاف تبلغ قيمة الزيادة او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز ذلك
البيع من غير كراهة وان كانت قيمة الخلاف قليلة كالجوزة والفلسة والكاغدة وانما اخلاه
ليجوز البيع فان البيع جايز في الحكم ولكنه مكروه هكذا روي عن محمد انه كره ذلك فقيل له كيف
تجده في قلبك قال اجده مثل الجبل وان لم يكن للخلاف قيمة ككف من تراب ونحوه
فان البيع لا يجوز لان الزيادة لا تكون بازايها بدل فيكون ربوا قال في شرح الطحاوي

ايضا واذا اشترى تراب المعادن فهذا لا يخلو اما ان يكون تراب معدن الفضة او تراب معدن
الذهب اشتراه بجنسه او بخلاف جنسه اما اذا كان تراب معدن الفضة بان اشتراه بفضة
او دراهم لا يجوز البيع لان المعقود عليه من التراب ما فيه من الفضة دون التراب لان التراب
لا قيمة له فيكون فضة بفضة مجازفة لا يدري تساويهما فلا يجوز وان اشتراه بذهب جاز
البيع لان الجنس قد اختلف فلا يودي الى الربوا ولكنه يكون صرفا ويراعي فيه شرايط
الصرف ثم ينظر ان لم تخلص من التراب شي من الفضة يبين فساد البيع لانه اشتراه
علي انه مال فاذا هو ليس بمال فهو كمن اشترى عبدا فوجده حرا او اشترى شاة مذبوحة
فاذا هي ميتة وان خلص شي من الفضة فالبيع جايز والمشتري بالخيار لانه اشترى شيا
لم يره فصار كمن اشترى ثوبا في سفط او سمكة في جب فانه يجوز له الخيار اذا راه
واذا اشتراه بثوب او بعرض من العروض فالشرى جايز ولا يراعى فيه شرايط الصرف
ثم ينظر ان لم تخلص منه شي من الفضة فسد البيع واذا خلص جاز البيع وله الخيار اذا
راه ولو اشترى ذلك بتراب مثله لا يجوز البيع لان المعقود عليهما ما فيهما فصار كانهما تبايعا
فضة بفضة مجازفة ولو اشترى تراب معدن الذهب بتراب معدن الفضة جاز ويراعي
فيه شرايط الصرف فان لم تخلص منه شي من الذهب او الفضة يبين بطلان العقد
وكذلك اذا خلص من احدهما ولم تخلص من الاخر يبين بطلان البيع وان خلص كل من
واحد منهما جاز البيع ولهما خيار الروية والباقي يعلم في شرح الطحاوي **قوله** ومن كان له على
اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا
العشرة بالعشرة فهو جايز وهذه من مسايل الجامع الصغير قالوا في شرح الجامع الصغير هنا
ثلثة فصول احدها هذا وهو ما اذا باع الدينار بالعشرة المطلقة والثاني ان يضيف
الي الدين بان يبيع الدينار بالعشرة التي عليه والثالث ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث
لمشتري الدينار عشرة علي بايع الدينار بان باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان اما اذا اضاف
الي الدين صح بالاجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هي عليه لانها ملكها بدلا عن الدينار
غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا
عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل
الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي
فيلزم الربوا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقطت
عن بايع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك وتحقيقه ان تعيين البدل الاخر
بعد قبض احدي البدلين انما كان احترازا عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما الربوا في
دين يقع الخطر في عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم
دين بدنانير دين صح لفوت معنى الخطر في دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد
علي الاخر دين حتى تصارفا دراهم دين بدنانير دين فهو جايز عندنا اذا تقاصا بالعشرة التي
لم يصح واما اذا اطلق العقد بان باع الدينار بعشرة مطلقة ولم يضفه الي العشرة التي
هي الدين فهو جايز عندنا اذا تقاصا بالعشرة التي هي دين استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر ووجه القياس انه استبدال ببدل الصرف قبل القبض ولهذا لم تجز هذه
المقاصة بلا تراض ولهذا لو اخذ مكان الدراهم دنانير او عرضا لا يجوز ووجه الاستحسان

ان العقد

ان العقد ما اطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربوا والدين لا يصلح وفاء كذلك
فلم يكن قصاصا ثم اذا تقاصا بالتراضي جاز عندنا لان اقدامهما على المقاصة اقتضى فسخ الصرف
المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة وتحويل العقد الى صرف اخر وهو بيع الدينار بالعشرة
التي هي دين كيلا يلزم الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض اذ لا يشترط في العقد المضاف الي
العشرة التي هي دين قبضها لفوت الخطر لانه دين يسقط وابى ذلك زفر لانه لا يقول
بالاقتضاء وخالفنا فيه كما خالف في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم واما اذا احدث الدين
بعد بيع الدينار بالعشرة بان باع مشتري الدينار ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم فسلم
الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس ففيه روايتان في رواية
ابي حفص لا يجوز واختاره شمس الايمة السرخسي وقاضي خان وفي رواية ابي سليمان
٥ يجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابي رحمهم الله وجه رواية
ابي حفص ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز المقاصة في حديث ابن عمر في دين سابق لا لاحق
ووجه رواية ابي سليمان ان العقد الاول ينفسخ تصحيحا لما قصدا وتخصيص الشي بالذكر
لا يدل على نفي ما عداه والمسيلة في كتاب الصرف قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح
الجامع الصغير اذا استقرض بايع الدينار عشرة دراهم من المشتري او غصب منه فقد صار
قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض **قوله** ووجهه اي وجه الجواز وهو
جواب الاستحسان **قوله** لما ذكرنا اشارة الي قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق
الي اخر ما قال ثمه **قوله** على ما نبينه اشارة الى قوله فكفى ذلك للجواز اي الاضافة الي
الدين كاف للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه **قوله** قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة اي قال القدوري في مختصره والغلة من الدراهم المقطعة
التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة كذا في المغرب ونقله المطرزي هكذا عن
ابي يوسف في رسالته وفسره صاحب الهداية بقوله ما يرده بيت المال ويأخذه
التجار يعني يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل لكونها قطعا وفي بعض الحواشي دراهم
غلة اي منكسرة وفي زاد الفقهاء الغلة من الغلول وهي الخيانة يقال غل واغل بمعنى خان
وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز هذا البيع كذا في شرح الاقطع ولنا ان المماثلة في الوزن
هي الشرط في عقد الصرف لقوله عليه السلام الفضة بالفضة مثلا بمثل والفضل ربوا
وقد وجدت المماثلة فجاز العقد غاية ما في الباب ان الصحيح اجود من المقطع والجودة لا اعتبار
لها في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كان الكل صحيح او
الجميع غلة وذكر الشيخ ابو نصر البغدادي سوالا وجوابا فقال فان قيل البدل يختلف فاقسم
عوضه علي قيمته وصارت حصة الغلة اقل من وزنها وهذا لا يجوز قيل ان الجودة لا قيمة لها اذا
لاقت جنسها فيما فيه الربوا **قوله** قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا
كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر
في الجياد اي قال القدوري في مختصره وهذا لان الدراهم والدنانير لا تخلو عن قليل غش لانهم
قالوا انها لا تنطبع الا مع الغش فاذا لم تخل عن القليل اعتبر الغالب كما في كثير من الاحكام
يعتبر الغلبة فان غلبت الفضة او الذهب على الغش كانت الدراهم او الدنانير في حكم
الفضة الخالصة او الذهب الخالص حتى لا يجوز بيع هذه الدراهم بالفضة الا مثلا بمثل بلا

زيادة والنقصان وكذا لا يجوز بيع هذه الدنانير بالذهب الخالص الا مثلا بمثل وكذا لا يجوز استقراضهما
عددا بل يجب الوزن **قوله** وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير وهذا
ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا بيعت بجنسها متفاضلا جاز واعلم ان الكرخي
يسمي هذا النوع الستوق فقال والستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب فاذا
كان الصفر او النحاس هو الغالب كانت في حكم الصفر او النحاس حتى لا يباع بالصفر او
النحاس الا مثلا بمثل يدا بيد لكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف
الجنس الى خلاف الجنس تجويزا للعقد ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما
اشترط القبض في الفضة اشترط في الصفر والنحاس ايضا لان في تمييزه مضرة وان بيعت
هذه الدراهم وهذه الدنانير بالفضة الخالصة او بالذهب الخالص ينظر ان كانت الفضة
الخالصة او الذهب الخالص اكثر مما في المغشوشة جاز وان كان الخالص مثل ذلك او اقل
او كان لا يدرى انه اقل او مثله او اكثر لا يجوز كما في حلية السيف قال في شرح الاقطع عند قوله
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير المراد به اذا كانت الفضة
لا تخلص من الغش لانها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها فاما اذا كانت تخلص من الغش
فليست مستهلكة فاذا بيع بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة فيجوز على الاعتبار
وقال صاحب الهداية ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز
الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا اراد بالمشايخ علماء بخارا وسمرقند لا
مشايخ الصوفية واراد بالديار بلاد ما وراء النهر يعني لم يجوزوا التفاضل في بيع هذه الدراهم
بجنسها وان كان الغش فيها غالبا احترازا عن الوقوع في الربوا والدراهم الغطريفية منسوبة
الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كذا قاله المطرزي وقيل انه خال هارون
الرشيد وجملة القول هنا ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الدراهم المضروبة على
ثلثة انواع احدها هي الدراهم التي ثلثاها صفر وثلثها فضة او ثلثه ارباعها صفر وربعها فضة
او خمسة اسداسها صفر وسدسها فضة او كان الصفر هو الغالب ونوع منها هي الدراهم
التي ثلثاها فضة وثلثها صفر او ثلثة ارباعها فضة وربعها صفر او خمسة اسداسها
فضة وسدسها صفر او كانت الفضة هي الغالبة ونوع منها نصفها فضة ونصفها صفر
فاما النوع الاول من الدراهم يجعل في الحكم كشيئين مختلفين صفر وفضة ولا يكون احدهما
مغلوبا بصاحبه ويعتبر كل واحد منهما على حدة فان اشتري بهذا النوع من الدراهم
فضة خالصة او ما له حكم الفضة الخالصة فان ذلك على اربعة اوجه في ثلث منها
البيع فاسد وفي وجه منها البيع جائز اما الثلاثة الاوجه التي لا يجوز ان يكون وزن
الفضة الخالصة اقل من الفضة التي في الدراهم لان الفضة بالفضة وزيادة الفضة
في احدهما مع زيادة الصفر ربوا والثاني ان يكون وزن الفضة المفردة مثل الفضة
التي في الدراهم لان الصفر يبقى ربوا والثالث اذا كان لا يدري وزنهما فلا يجوز البيع
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز البيع واما الوجه الذي يجوز البيع ان يكون
وزن الفضة الخالصة اكثر من الفضة التي في الدراهم فيجوز البيع ويكون فضة
بفضة والزيادة من الفضة الخالصة بازاء الصفر ويراعى فيه شرايط الصرف
حتى انه لو اخل بشرط من شرايطه فسد الصرف وبطل في الصفر ايضا لان في

تمييزه

تمييزه ضررا كالسيف المحلى ولو اشتري بهذا النوع من الدراهم ذهبا يجوز البيع كيف ما كان لان
الجنس قد اختلف فلا يؤدي الى الربوا ويراعى فيها شرايط الصرف ولو اخل بشرط من شرايطه
فسد الصرف وفسد البيع في الصرف ايضا لان في تمييزه ضررا ولو تبايعا بهذا النوع
من الدراهم بعضها ببعض يجوز كيف ما كان متفاضلا او متساويا لانه باع جنسين
مختلفين فلا يؤدي الى الربوا والتقابض فيهما جميعا من شرطه لانه يصرف الفضة
الى الفضة وزيادة الفضة في احدهما مع الصفر بازاء الصفر الاخر فاذا اشترط القبض
في قدر الفضة اشترط في الصفر لان في تمييزه مضرة وهل يجوز المبايعة والاستقراض
عددا ام لا ينظر في ذلك ان كان يروج في معاملات الناس وزنا وعددا فانه
يجوز وزنا وعددا وان كان بعضها افضل من بعض وان كان يروج وزنا ولا يروج
عددا فلا يجوز عددا ولو اشتري به ثوبا او عرضا واشار اليه واضاف العقد اليه
فان العقد جايز ولا يتعلق العقد به اذا كان يروج فيما بين الناس لان الدراهم والدنانير
الرائجة فيما بين الناس لا يتعينان في عقود المبادلات فان عينت حتى انه اذا هلك
قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه ان ينقد مثله وان كان هذا النوع من
الدراهم لا يروج فيما بين الناس يكون حكمه حكم الستوق والرصاص والفلوس الكاسدة
يتعين بالعقد اذا اشير اليها وهلاكها قبل التسليم يبطل العقد هذا اذا كانا يعلمان بحال
الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان كانا لا يعلمان او يعلم احدهما ولا يعلم الاخر
او يعلمان ولكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة
في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس ولا يتعلق بالمشار اليه وان كان مما يقبله
البعض ولا يقبله البعض يكون حكمه حكم الزيوف والنبهرجة فيجوز البيع ولا يتعلق البيع
بعينه ولكن يتعلق العقد بجنس تلك الدراهم الزيوف اذا كان البايع يعلم بحاله خاصة
لانه رضي بجنس الزيوف وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق البيع بجنس المشار اليه ولكنه يتعلق
بالجيد من النقد في البلد وكذلك الفضة المغشوشة حكمها على ما ذكرنا اذا كان غشها غالبا
على الفضة ومحمد بن الحسن اعتبر الفضة وان قل في رواية الجامع الصغير ولم يجعله مغلوبا
بالصفر لكثرة الصفر وقلة الفضة حكي عن علماء الصيارفة وغيرهم ان الفضة والصفر اذا اختلطا
لم يتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر فيذهب الصفر وتبقى الفضة فكان الصفر
استهلكها ذهابا فاذا كان هكذا لا تصير الفضة مغلوبة بالصفر وان قلت قال وكذلك
حكم الذهب اذا اختلط بغيره فهو على هذه الاقسام واما اذا كان مموها بماء الذهب والفضة
فالتمويه ليس بشيء ولا يعتبر ذلك ولا يراعى فيه شرايط الصرف لانه لا يخلص وهو بمنزلة
اللون واما النوع الثاني من الدراهم يجعل في حكم الفضة الخالصة ويكون الصفر مغلوبا
بالفضة ولو اشتري بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة لا يجوز الا سواء بسواء وزنا بوزن
والمبايعة والاستقراض لا يجوز الا وزنا الا اذا اشتري به ثوبا او عرضا بعينه واشار اليه
واضاف العقد اليه فان العقد جايز وان لم يسم وزنه لانه يصير معلوما بالاشارة ولكن لا
يتعين العقد وكذلك حكم الفضة المغشوشة اذا كان غشها قدر ثلثها او اقل فيكون حكمها
كفضة خالصة واما النوع الثالث وهو ان يكون نصفها فضة ونصفها صفرا فهذا النوع
من الدراهم لم يقطع محمد رحمه الله القول فيه وقال ان كانت الفضة هي الغالبة فيكون

حكمه حكم النوع الذي ثلثاه الفضة وثلثه صفر وان كان مما يغلبه الصفر فيكون حكمه كحكم النوع الاول
في احكامه على ما ذكرنا وهذا كله من شرح الطحاوي وقال في التحفة وان كان الغش مع الفضة
سوا فيكون حكمه حكم الفضة في انه لا يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا واذا قوبل بالفضة
الخالصة في البيع يراعى فيه طريق الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة اكثر جاز حتى تكون
الفضة بازا الفضة وزنا والزيادة بازا الغش وان كانت الفضة الخالصة اقل من الفضة
التي في المغشوش او مثلها او لا يدري لا يجوز لما فيه من الربوا قوله ثم ان كانت تروج بالوزن
يعني ان كانت الدراهم التي غشها غالب او الدنانير التي غشها غالب تروج بالوزن فيعتبر
الوزن في المبايعات والاستقراض وان كانت تروج عددا فيعتبر العدد وان كانت تروج
بهما تعتبران جميعا اعتبارا للعادة فيما لم ينص عليه قوله ان كان البايع يعلم بحالها اي بحال
الدراهم او الدنانير المغشوشة وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه بل يتعلق
بالجيد من نقد البلد وقد مر تمام البيان قبل هذا قوله واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت
وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم
البيع وقال محمد قيمتها اخر ما يتعامل الناس بها وهذا لفظ القدوري في مختصره اي اشترى
بالدراهم التي غشها غالب ثم كسدت قال في الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد
مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد اما عندهما الكساد
في بلده يكون لفساد البيع في تلك البلدة بنا على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين
عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال ايضا
لو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفي العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع
اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كان
لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان
للبايع الخيار ان شا قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد وان شا اخذ قيمة ذلك
دنانير ووجه قولهما ان الكساد لا يوجب الفساد لان غاية ما في الباب ان التسليم
يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد كمن باع برطب ثم انقطع فانه يبقى العقد
وعند تعذر التسليم يجب قيمة ما وقع عليه العقد ولكن عند ابي يوسف تجب القيمة وقت
البيع لانها كانت مضمونة وعند محمد تجب القيمة يوم الانقطاع لان الحق انتقل الى القيمة
في ذلك اليوم قال في التحفة وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع
وقال ابو يوسف تجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه ان الثمنية بطلت بالكساد لان الدراهم التي غشها غالب انما
جعلت ثمنا في البيع بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم يبق
ثمنا فبقي البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن باطل واذا بطل العقد يجب على المشتري رد المبيع على
البايع ان كان قايما وان كان هالكا يجب رد قيمته يوم القبض كالمقبوض على وجه البيع
الفاسد قوله وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن اي ما بقي الاصطلاح على الثمنية بعد الكساد
فيبقى العقد حينئذ بيعا بلا ثمن وذلك باطل ونقل في خلاصة الفتاوى عن المحيط
ذلك باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم فقبل ان يدفع الى
صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له قوله ويجوز البيع

بالفلوس هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه نوع من انواع المال فيجوز البيع به كسائر الاموال
قوله فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان
كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها قال ابو الحسن الكرخي قال ابو حنيفة وابو
يوسف ومحمد رحمهم الله الفلوس والدراهم والدنانير اثمان الاشيا لا تتعين في البيع وان شرط
المتبايعان اعيانها ويكون ما وجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته
ولا يجبر كل واحد منهما ان يسلم ما شرط من العين ان شا اعطى العين وان شا اعطى مثلها
وليس للمشتري منه ان يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البايع وللمشتري
قال القدوري في شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا فايدة في تعيينها فصارت
كالدراهم والدنانير واذا لم تتعين فالعاقد بالخيار ان شا سلم ما اشار اليه وان شا سلم غيره
وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة
لانها مبيعة فالمبيع لا يصح اطلاق العقد ما لم يتعين والنافقة الرايجة قوله واذا باع بالفلوس
النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما هذا الخلاف الذي ذكره القدوري
خلاف ما ذكره في الاصل وشرح الطحاوي والاشارات لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد
فيهما بلا خلاف قال في الاشارات اذا اشترى شيا بفلوس فكسدت قبل القبض
فسد العقد عندنا خلافا لزفر وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى بمائة فلس بدرهم
فقبض الفلوس او الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس
بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة
هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل
البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل
العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداها ووقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا
انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود
عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار والا وان ظهر ولو نقد
الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقد النصف الاخر
بطل البيع في نصفها وله ان يسترد نصف الدرهم ولو اشترى فاكهة او شيا بعينه
بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وله ان يرد المبيع
اذا كان قايما او قيمته او مثله ان كان هالكا وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال
عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسيلة الاولى وهو انه اذا
باع الفلوس بدرهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس نتمكن فيه الربوا وها هنا لا نتمكن
وفي المسيلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير ان قيمتها غلت او رخصت فلا يبطل
البيع وعليه ان ينقد مثل العدد الذي اوجبه العقد ولا ينظر الى القيمة الى هنا شرح
الطحاوي والباقي يعلم بحثه قوله وهو نظير الاختلاف الذي بيناه اي الاختلاف في كساد الفلوس
كالاختلاف في كساد الدراهم التي غشها غالب يعني عند ابي حنيفة بطل البيع بكساد الفلوس
وعندهما لا يبطل ولكن عند ابي يوسف يجب قيمتها يوم البيع وعند محمد اخر ما يتعامل به
الناس وهو يوم الانقطاع في السوق قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة
عليه مثلها وهذه المسيلة لم تذكر في البداية وانما ذكرها هنا تفريعا على ما تقدم وانما قيد

بالكساد احترازا عن الرخص والغلا لان الامام الاسبيجابي ذكر في شرح الطحاوي واجمعوا
ان الفلوس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها او رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية
او طبرية او يزيدية او فلوسا في الحال التي ينفق فيها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال
سمعت ابا يوسف قال عليه في قياس قول ابي حنيفة مثلها ولست اروي ذلك عنه
ولكن لرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت قال ابو الحسن لم تختلف الرواية عن ابي
حنيفة في قرض الفلوس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشر وقال ابو يوسف عليه
قيمتها من الذهب يوم وقع القرض بالدراهم التي ذكرت لك اصنافها وقال محمد عليه قيمتها
اذا كسدت في اخر وقت نفاقها قبل ان تكسد وجه قول ابي حنيفة ما قال القدوري ان
القرض يقتضي ضمان المقبوض بمثله ورد المثل ممكن فلم يجز العدول الي القيمة ولان بالكساد
تتغير القيمة وهذا لا يوجب القيمة كما لو رخصت ولان الكساد يخرج الفلوس عن كونها ثمنا
ولا يختص الاستقراض بما هو ثمن ولهذا يجوز الاستقراض بعد الكساد ابتدا فلان يجوز البقا
اولي ولهما ان الكساد تخرجها من حكم جنسها لانها كانت اثمانا فكانت كالعروض فتعذر
الرد علي الوجه الذي قبضت فتعين القيمة ثم اختلفا في وقت القيمة كما اختلفا في
المغصوب المثلي اذا انقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم
الانقطاع ويجي بيان ذلك المسيلة في اول كتاب الغصب ان شا الله تعالى قال
القدوري واذا ثبت من قول ابي حنيفة في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية
فلوس علي صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية هي التي يغلب الغش عليها فتجري مجرى
الفلوس فلذلك قاسها ابو يوسف علي الفلوس قوله وقول محمد انظر للجانبين اي
لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان علي قول ابي حنيفة رد المثل وهو كاسد وفيه
ضرر بالمقرض وعلي قول ابي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم
القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد نظرا لهما جميعا
قوله وقول ابي يوسف ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وساير
الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه علي الناس ويختلفون فيها فكان قول ابي يوسف
ايسر قوله وموجبه رد العين معني اي موجب القرض رد العين حكما لانه لو لم يجعل
كذلك يلزم تمليك الشي بجنسه نسا وهو حرام وقد مر بيانه في باب السلم قوله
والثمنية فضل فيه اي في القرض قوله اذ القرض لا يختص به الضمير راجع الي الثمنية
علي تاويل معنى الثمنية ويجوز ان يرجع الي الثمن الذي دل عليه قوله والثمنية قوله
واصل الاختلاف اي الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد قوله ومن اشترى شيا بنصف
درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر
لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وغيرهما وجه قول زفر ان
الفلوس تعتبر بالعدد وبقدرية لا بالدانق والدرهم فاذا لم يبين عدد الفلوس كان
مجهولا فلا يجوز ولان العقد وقع علي الدانق والدرهم ثم شرط ايفاوه من الفلوس فيكون
شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا ان كلامنا فيما اذا كان ما

يباع بنصف درهم او بدانق من الفلوس معلوما عند الناس بان يكون الدرهم والدانق عبارة
عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كانه
صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولا نسلم ان العقد وقع علي الدانق والدرهم بل وقع علي الفلوس
لانه اوجبه بلفظ الفلوس والفلوس تستعمل في الكسور صونا للدراهم عن الكسر وذكر الدانق
لتقدير الفلس الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل
مكان الدرهم فكان العقد واقعا علي الدرهم ثم شرط ايفاوه من الفلوس شرط صفقة في
صفقة فلا يجوز كذا في اشارات الاسرار قوله والكلام فيه اي فيما اذا كان معلوما قوله ولو
قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف ذكر هذه المسيلة تفريعا علي ما
تقدم من مسيلة القدوري قال في الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة او من الادام
بدانق فلوس او بدانقين فلوس او بقيراط فلوس فهذا جايز وعليه من الفلوس ما سمي
لان الدانق والقيراط معروف ولو اشترى شيا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في
القياس وهو في الدراهم احسن الي هنا لفظ محمد في الاصل وقال في المختلف والحصر قال هو كذا في
القياس ولم يذكرا انه يجوز او لا اي قال محمد في الاصل هكذا ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه ثم
قال في المختلف والحصر وعن ابي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز لانه لا تعامل فيه بخلاف
دانق فلوس ولابي يوسف انه باع بثمن معلوم فصار كدانق فلوس قال مشايخنا قول ابي
يوسف اصح لا سيما في ديارنا بما ورا النهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد
هذه المسيلة وهي شرا الفاكهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم
بالفلوس وهما من جملة الاثمان والصرف نوع بيع يقع في الاثمان قوله سيما في ديارنا هذا
تركيب عجيب فينبغي ان يقال لا سيما كما قال امرؤ القيس ولا سيما يوما بدارة جلجل
قوله ومن اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما اي قال القدوري في مختصره وهذه الرواية
عن المختصر لم يثبتها الشيخ ابو نصر البغدادي وقال هو غلط من الناسخ لان العقد فيه
فاسد عند ابي حنيفة وعندهما جايز في الفلوس فاسد في قدر النصف الاخر علي اختلافهم
في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وقال في المنهاج اذا دفع درهما وقال
اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز البيع في حصة
الفلوس وبطل في حصة الفضة قيل وعلي قياس قول ابي حنيفة يفسد في الكل وذكر
القدوري انه يجوز البيع فكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم الي هنا لفظ كتاب
المنهاج للامام شرف الدين ابي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي وجه قولهما
ان بيع النصف بالفلوس جايز وبيع النصف الاخر بالنصف الا حبة باطل لانه حرام لكونه ربوا
وثبوت المعلول بقدر العلة فلا جرم لم يتعد المفسد من البعض الي البعض الاخر ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الفساد في البعض يشيع الي الاخر لان الصفقة واحدة فكان قبول العقد
فيما لا يجوز شرطا لصحة العقد فيما يجوز فيفسد في الكل لان البيع يبطل بالشروط الفاسدة
قوله والفساد قوي اي الفساد في حصة الفضة قوي لكونه مجمعا عليه فيشيع الي حصة
الفلوس ايضا قوله وقد مر نظيره اي في اخر باب البيع الفاسد في مسيلة الجمع بين الحر
والعبد فاذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصله لا يشيع عندهما وقال ابو حنيفة

يتبع **قوله** ولو كرر لفظ الاعطا كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ذكر هذا تفريعا علي ما تقدم وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب ان قول ابي حنيفة كقول صاحبيه اذا كرر لفظ الاعطا بان يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر في كتاب الصرف من الاصل وقال . واذا دفع الرجل الي رجل درهما فقال اعطني بنصفه فلوسا كذا كذا فلسا واعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة فان هذا فاسد لانه صرف نصفه بنصف الا حبة وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان تفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة فاذا فسد بعضها فسد كلها وفي قول ابي يوسف الفلوس جايزة لازمة له فالدرهم الصغير بنصف درهم الا حبة باطل الي هنا لفظ محمد في الاصل فقد صرح ان الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما بيعان **قوله** ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه قابل الدرهم بالفلوس ونصف درهم الا حبة فجاز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كانه قال اعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلسا ونصف درهم الا حبة فلو صرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو معناه فكان النصف الا حبة بازايه من الفضة من الدرهم والفلوس بازا الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شارطه فقال اعطني كذا كذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطا كان هذا جايزا كله اذا تقابضا قبل ان يتفرقا **قوله** في اكثر نسخ المختصر ذكر هذه المسيلة الثانية اراد بالمختصر مختصر القدوري وبالمسيلة الثانية قوله ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز يعني لم يذكر في اكثر نسخ مختصر القدوري المسيلة الاولي وهو قوله ومن اعطي الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ولهذا قال في شرح الاقطع وهو غلط من الناسخ وقوله فلوس مجرور وعلي انه صفة الدرهم اي درهم هو فلوس ويجوز بالنصب ايضا علي انه صفة للنصف في قوله نصف درهم والله اعلم

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا في البياعات ولان في الكفالة اذا كانت بامر معني المعاوضات انتها فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اعلم ان الكفالة في اللغة الضم منه قوله تعالي وكفلها زكريا اي ضمها الي نفسه وقري بالتشديد الفا ونصب زكريا اي جعلها الله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الي ذمة في المطالبة دون اصل الدين وعلي اختيار بعض المشايخ في اصل الدين وهو مذهب الشافعي والاول اصح حتي لا يلزم الدين الواحد دينين لان الالف المكفول به بعد الكفالة باق علي ذمة الاصل كما كان فلو ثبت الدين مع هذا علي ذمة الكفيل كان الالف الواحد الفين وليس من ضرورة المطالبة وجوب الدين الا تري ان الوكيل بالشرا يطالب بالثمن واصل الثمن علي الموكل ولهذا لو ابرا البايع الموكل عن الثمن صح وشرايط الكفالة كون الكفيل من اهل التبرع لان الكفالة تبرع بالتزام المال فلا تصح من الصبي والعبد المحجور عليهما وكذا لا يصح كفالة المكاتب وكذا لا يصح كفالة المريض الا من الثلث ومن شرطها ايضا ان يكون الدين صحيحا سواء كان علي الصغير او علي العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق واما الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولي علي عبده شي وانما وجب مخالفا للقياس لصحة الكتابة نظرا للعبد حتي يصل الي العتق ثم المكفول به نوعان الديون والاعيان.

الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز

والكفالة

١٢٢

والكفالة بالدين جايزة بالاخلاف وصاحب الدين مخير بين مطالبة الاصيل والكفيل ولا يوجب براة الاصيل خلافا لابن ابي ليلي وذلك فاسد لانه حينيذ تصير الكفالة كالحوالة والكفالة بالاعيان ثلثة انواع احدها الكفالة بعين هو امانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا تصح اصلا والثاني الكفالة بعين هو امانة لكنه واجب التسليم كالعارية والمستاجر في يد المستاجر وكذا العين المضمون بغيره وهو ما لا يجب عند هلاكه مثله ولا قيمته ان لم يكن له مثل كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين والجواب في الكل واحد وهو انه يصح الكفالة بتسليم العين فمتي هلك لا يجب علي الكفيل قيمة العين والثالث العين المضمون بنفسه وهو ما يجب عند هلاكه مثله ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض علي سوم الشرا يصح الكفالة ويجب عليه تسليم العين ما دام قايما واذا هلك يجب عليه تسليم قيمته متي ثبت الغصب بالبينة او بالاقرار ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوي من قبيل القسم الثاني فانه مضمون بالتسليم فانه يجب عليه تسليم النفس والاحضار الي باب القاضي حتي يقيم الخصم البينة يصح الكفالة به عندنا خلافا للشافعي لكن لو هلك الكفيل لا شي عليه من المال المدعي به ولا يوخذ من تركته كذا في تحفة الفقها والباقي يعلم بمثله وركن الكفالة ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافا لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة علي الكفيل بما علي الاصيل وعند الشافعي رضي الله عنه حكمها وجوب الدين علي الكفيل والفاظ الكفالة مثل قوله انا ضامن بما عليه او كفيل بذلك او قبيل او زعيم او هو علي او الي او هو لك عندي او هو لك قبلي واذا اقر وقال لفلان عندي كذا يكون اقرارا بالوديعة وهنا حمل علي الضمان لان قوله عندي يحتمل هو في يدي ويحتمل في ذمتي فيقع علي الادني وهو الوديعة واما الدين فلا يكون في اليد بل في الذمة فحمل علي الوجوب كذا في التحفة والاصل في صحة الكفالة قوله تعالي ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم اي انا بحمل البعير كفيل اوديه الي من جا به واراد وسق بعير من طعام جعلا لمن حصله كذا في الكشاف وقوله تعالي سلهم ايهم بذلك زعيم وقوله عليه السلام الزعيم غارم ثم لا بد هاهنا من معرفة اربعة اشيا المكفول له وهو الداين والمكفول عنه وهو المديون والمكفول به وهو المال او النفس والكفيل وهو الذي وجب عليه المطالبة بما علي الاصيل **قوله** قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول به اي قال القدوري في مختصره قال علماونا الكفالة بنفس من عليه الدين وبالاعيان المضمونة نحو المغصوب والمستعار تصح وقال الشافعي رحمه الله لا تصح في النفس قولا واحدا وله في العين قولان كذا ذكر الامام علا الدين العالم في طريقة الخلاف وقد جعل عدم صحة الكفالة بالنفس عند الشافعي قولا واحدا كما تري وفيه نظر لانه قال في شرح الاقطع جواز الكفالة بالنفس خلاف احد قولي الشافعي وهو الصحيح لانه اثبت في وجيزهم صحة كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم علي الاظهر لانه حق كالدين ولا يشترط كونه مالا وجه احد قولي الشافعي انه تكفل بما لا يقدر علي تسليمه لانه ربما في مثله لا سيما اذا كانت الكفالة بلا امر المكفول عنه والمال ليس كذلك لانه يقدر علي تسليمه من مال نفسه وكذا لا يقدر علي تسليم النفس اذا كانت الكفالة بالامر لان امره لا يثبت له ولاية علي نفسه وجه قول اصحابنا رضي الله عنهم قوله عليه السلام الزعيم غارم وقال في الفايق والكشاف الزعيم الكفيل ويدل

الوديعة امانة غير واجب التسليم والعارية امانة واجب التسليم

لا يصح الكفالة بمال الركة والمضاربة

مطلب في الاعيان المضمونة بنفسها وبغيرها

الحديث بعمومه علي صحة نوعي الكفالة من النفس والمال ولا نسلم انه لا يقدر علي تسليمه
بل تسليمه مقدور بان يري مكانه الطالب او يستعين باعوان القاضي ولان الخصومة
حق واجب علي الاصيل فيصح الكفالة به كساير الحقوق ولا يقال لو صحت هذه الكفالة لم
يبرا الكفيل بلا اداء ولا ابراء اذا مات المكفول عنه تسقط الكفالة فعلم ان الكفالة ليست
بصحيحة لانا نقول بالموت تسقط الحضور عن الاصيل وسقوط الحق عنه يوجب سقوطه
عن الكفيل ولا يقال التمسك بالحديث لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزعيم غارما
والزعيم بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم في اللغة ما يلزم اداؤه والغرام اللازم كذا في المجمل
والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار ثم قد قال بعض مشايخنا وجد ركن الكفالة وامكن تحقيق
معنى الكفالة ووجد المعنى الداعي الى تصحيحه فوجب القول بصحته قياسا علي الكفالة بالدين
اما ركن الكفالة فانه يتحقق بالفاظ الكفالة كقوله ضمنت او كفلت ونحو ذلك مع وجود الايجاب
والقبول وقد حصل ذلك واما معنى الكفالة فقد وجد ايضا لانه هو الضم لغة كما مر قبل
هذا وبهذا العقد حصل ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في ايجاب ما كان واجبا علي
الاصيل واما المعنى الداعي الى تصحيح الكفالة فحاجة المكفول له لانه ربما يعجز عن استيفا حقه
عن الاصيل بغيبته او بامتناعه عن القضا فيحتاج الى الكفيل حتى لو عجز عن الاستيفا
عن الاصيل يستوفي من الكفيل وهذا المعنى موجود في الكفالة بالنفس لانه ربما يعجز عن
الوصول الى حقه الا بالكفالة فصحت الكفالة دفعا للحاجة فان قلت يرد عليكم الاحكام
منها ان الكفالة بنفس من عليه القصاص والحدود لا يصح وان كان تسليم النفس واجبا
حقا للعبد ومنها ان الكفالة بنفس الشاهد لا يصح وان كان تسليم النفس لاداء الشهادة واجبا
عليه كتسليم النفس للجواب قلت لا نسلم ان الكفالة بنفس من عليه الحد لا يصح بل يصح
لانه نص في اول كتاب الكفالة من مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف
وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس يصح انما الخلاف في الجبر
علي اعطا الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص عند ابي حنيفة لا يجبر وعند صاحبيه
يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت
الكفالة بالنفس لان هذه الحقوق من حقوق العباد من وجه او من كل الوجوه فيجوز
ولا يجوز بنفس الحد لانه لا يمكنه من عند نفسه الي هنا لفظ الشامل وقال علا الدين
العالم في طريقة الخلاف ثم ان جرينا معه في حد الزنا والشرب فنقول انما لم يصح
لا لانه حق الشرع بل لانه امر محتال لدرئه والكفالة للاستيثاق والاحتيال للاستيفاء
فلا يليق به واما لاداء الشهادة اما ان يحضر او لا ففي الاول لا حاجة الي الكفيل وفي
الثاني يلزم فسقه لامتناعه عن الواجب وهو اداء الشهادة فعند الفسق لا يقبل
شهادته بخلاف ما نحن فيه لانه اذا احضره الكفيل اذا امتنع المكفول عنه عن الحضور
تقع الكفالة مفيدة قوله بنوعيه الضمير راجع الي الكفالة علي تاويل عقد الكفالة قوله
بطريقه اي بطريق التسليم قوله فيخلي بينه وبينه اي فيخلي الكفيل بين الطالب وبين
المكفول به قوله والحاجة ماسة اليه اي مهمة الي عقد الكفالة وقد مر وجه الحاجة
قوله وهو الضم في المطالبة له فيه اي معنى الكفالة ضم ذمة الكفيل الي ذمة الاصيل
في المطالبة الثابتة للمكفول له في الاصل قوله قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان

مطلب في الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص

اوبرقبته

١٢٣

اوبرقبته او بروحه او بجسده او براسه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه او بنصفه
او بثلثه قال صاحب الهداية وكذا ببدنه او بوجهه وذلك لان هذه الاشيا بعضها
يعبر به عن البدن حقيقة كما في النفس والجسد والبدن وبعضها يعبر به عن البدن عرفا
لا حقيقة فكان التكفيل بهذه الاشيا كالتكفل بالذات فصحت الكفالة فكذا اذا اضاف
الكفالة الي جزء شايع تثبت وتسري الي الجملة كما في الطلاق والعتاق وهذا لان الكفالة
لا تتجزى في النفس الواحدة بان يكون بعضها كفيلا وبعضها لا فاذا كان كذلك سرى الي
الكل لان البعض ليس باولي من البعض وهذا بخلاف ما اذا اضاف الكفالة الي جزء معين
لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل ونحو ذلك حيث لا تصح الكفالة لانه لما عين جزءا خاصا كان
اولي بالارادة من ساير الاجزاء ولكن الكفالة ليست بمتجزية فلغت لعدم تجزيها ولهذا
لم يصح اضافة الطلاق الي جزء خاص لا يعبر به عن البدن قوله اليهما اي الي اليد والرجل
قوله وفيما تقدم اي في الجزء الشايع كالنصف والجزء يصح اضافة الطلاق فكذا يصح اضافة
الكفالة قوله وكذا اذا قال ضمنته هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه او هو علي
او الي او انا زعيم به او قبيل وهذه كلها من الفاظ الكفالة اما قوله ضمنته فهو تصريح
بموجب الكفالة لان موجبها ضمان الكفيل بما وجب علي الاصيل والعقد ينعقد بالتصريح
بموجبه كانعقاد البيع بلفظ التمليك واما قوله علي فهو من الفاظ الوجوب فافاد
الضمان فصحت الكفالة به وقد روي في اول كتاب الكفالة والحوالة ان النبي صلى
الله عليه وسلم اتي بجنازة فقال عليه الصلاة والسلام اعلى ميتكم دين فقالوا نعم فامتنع
من الصلاة فقال ابو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى واما قوله الي فهو من الفاظ
الضمان ايضا فكانه قال ضمانه متوجه الي واما قوله انا زعيم فهو بمعنى الكفيل من قولك
زعم به اي كفل به يزعم زعامة قال عليه السلام الزعيم غارم واما قوله قبيل فهو بمعنى
الكفيل ايضا من قولهم قبل به اي كفل به بفتح العين في الماضي وضمها وكسرها في المضارع
قبالة والحميل ايضا بمعنى الكفيل يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في
المضارع اي كفل به ومنه ما روي في الفايق عن النبي صلى الله عليه وسلم الحميل غارم قوله وقد
روينا فيه اشارة الي قوله عليه السلام الزعيم غارم ومعنى قوله عليه السلام من ترك كلا
او عيالا فالي اي من ترك يتيما او عيالا لان الكل يجي بمعنى اليتيم والعيال وهنا اريد
اليتيم بدلالة العطف لانه يقتضي المغايرة قوله بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفة
فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة يتصل بقوله وكذا اذا قال ضمنته يعني ذلك من الفاظ
الكفالة وهذا الاول في الاصل ولو قال انا ضامن لمعرفة فلان او ضامن لان ادلك عليه
او لان ادل علي منزله لا يكون كفالة ولو قال انا ضامن لتعريفه او علي تعريفه ففيه
اختلاف المشايخ كذا نقل في خلاصة الفتاوي عن شرح الشافي وقال الفقيه ابو الليث
روي عن علي بن احمد عن نصير قال سال بن محمد بن الحسن ابا سليمان الجوزجاني
عن رجل قال لاخر انا ضامن لمعرفة فلان قال ابو سليمان اما في قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا يلزمه شي واما ابو يوسف قال هذا علي معاملة الناس وعرفهم ثم قال
الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما
روي عن ابي حنيفة ومحمد قال في خزانة الواقعات وبه يفتي اي بظاهر الرواية

وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لاخر اشنا بي فلان بر من قال الفقيه ابو جعفر يكون كفيلا
وقال الفقيه ابو الليث لا وعليه الفتوى ثم نقل في الفتاوى الصغرى عن الواقعات ان الفتوى
على انه يصير كفيلا ثم قال فيها اذا قال فلان اشنا بي من است او قال اشنا سيت صارت
كفالة بالنفس عرفا ولو قال اكر برا بز فلان است من جواب كويم فهو كفالة بحكم العرف ولو قال
اكر نتر ابر فلان است من بدهم لا يكون كفالة من وعد لغيره ان يقضي دينه بان قال بدهم لا يجب
ونقله عن مادون شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله **قوله** فان شرط في الكفالة تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان احضره والا حبسه الحاكم وذلك لان الكفالة بالنفس نوع ضمان
فيصح التاجيل فيها كالكفالة بالمال فاذا حل الاجل يجب الاحضار ان كان ممكنا ويتوقف الحق
على مطالبة صاحب الحق لان الحق له فاذا امتنع عن الاحضار حبس لان الحق واجب
عليه وتمكنه الخروج فصار كمن عليه دين فامتنع عن الادا قال في تحفة الفقها ثم الكفيل
بالنفس يوخذ باحضار المكفول عنه ما دام احضاره ممكنا مقدورا فان صار بحال لا يقدر على
احضاره بوجه من الوجوه بان مات بطلت الكفالة ولا شي على الكفيل واما اذا كان يرجى حضور
المكفول عنه بان غاب فانه يتاخر المطالبة بالاحضار عن الكفيل للحال ويوجل الى مدة يمكنه
الاحضار في تلك المدة فان لم يحضره ظهرت مماطلته فانه يحبس الكفيل فاذا ظهر للقاضي
انه تعذر عليه الاحضار بدلالة الحال او شهد الشهود بذلك فانه يخرج من الحبس وينظر
الى وقت القدرة كما في الاعسار في حق الدين واذا اخرجه القاضي فان الغرما يلازمونه ولا
يحول بينه وبين الغرما ولكن ليس للغرما ان يمنعوه من اشغاله كما في الافلاس سوا **قوله** ولو
غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه ذكر
هذا بسبيل التفريع هذا اذا علم مكان المكفول به اما اذا لم يعلم سقطت المطالبة قال في
كفاية البيهقي وان تعذر الاحضار بغيبته يوجل الكفيل مقدار المسافة في رجوعه وذهابه
فان احضره والا حبس لانه متصور احضاره بهذا الطريق غير انه لا يحال بين المكفول له والكفيل
بالنفس عن لزومه باحضار المكفول له ليلا ونهارا ولا يمنعه من التصرف فيما لا بد له من
القوت والكسوة لنفسه وعياله بالمعروف وقال في الشامل فان كان في موضع تعذر الخروج
اليه لم يحبس لانه لا يقدر على احضاره **قوله** قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر
المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برى الكفيل من الكفالة وهذا لفظ القدوري
في مختصره الا قوله مثل ان يكون في مصر فانه تفسير من صاحب الهداية للمكان الذي
يقدر المكفول له على المخاصمة والمحاكمة فيه وذلك لان المقصود من الكفالة بالنفس هو
المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مكان صفته ما قلناه يبرا الكفيل من الضمان لحصول
الغرض **قوله** واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برى وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان سلمه في برية لم يبرا وذلك لان الغرض المحاكمة فيحصل الغرض
بالتسليم في السوق لانه يقدر على المحاكمة بخلاف البرية فانه لا يقدر على المحاكمة قال في
خلاصة الفتاوى اذا شرط في الكفالة ان يوفيه في المسجد الجامع فدفع اليه بالسوق او شرط
الدفع في مجلس القاضي فدفع اليه بالسوق برى قال قال الامام السرخسي المتاخرون من
مشايخنا قالوا هذا بنا على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس

القاضي

القاضي لا يبرا بالتسليم في غير ذلك المجلس وقال في الشامل في قسم المبسوط شرط على الكفيل ان
يسلم اليه في المسجد الاعظم فسلمه في السوق برى لان المصر كبقعة واحدة ثم قال فيه وعن
ابي يوسف انه لا يبرا الان الناس لا يعينونه للاحضار ثم قال ويجب ان يكون الفتوى
على هذا اليوم **قوله** ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برى عند ابي حنيفة وهذه
من مسايل المختلف ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها القدوري في مختصره وانما ذكرها
في شرح مختصر الكرخي قال في خلاصة الفتاوى ولو سلمه اليه في السواد او في موضع
ليس ثمه قاض لا يبرا في قولهم ولو شرط ان يدفع اليه عند الامير فدفع عند القاضي او عزل
ذلك الوالي وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز الى هنا لفظ الخلاصة وجه قول ابي
يوسف ومحمد ان المقصود ربما لا يحصل بتسليم النفس في غير البلد الذي شرط التسليم
فيه لانه ربما يكون شهوده في الموضع الذي عينه ويتعسر عليه اقامة البينة في بلد اخر
ووجه قول ابي حنيفة ان الغرض من تسليم النفس في البلد الذي عينه المحاكمة عند القاضي
والمحاكمة يتحقق عند كل قاض فصار التسليم في البلدين سوا غاية ما في الباب انه عاجز عن
اقامة البينة في بلد اخر فذلك عجز منه ولكن التسليم الذي هو سبب الوصول الى حقه
قد حصل فيبرا الكفيل **قوله** ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لانه لا يقدر
على المحاكمة فيه ذكر هذا ايضا تفريعا على ما تقدم ونقل في الفتاوى الصغرى عن كفالة العيون
اذا ضمن لاخر بنفسه فحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي
فدفعه اليه قال محمد لا يبرا لانه في السجن وان كان انما ضمنه بنفسه وهو في السجن
فدفعه اليه في السجن يبرا وان كان ضمنه في السجن ثم خلي عنه ثم حبس ثانيا فدفعه اليه
قال ان كان الحبس الثاني في امر من امور التجارة او نحوها فله ان يدفع اليه في الحبس
وان كان في شي اخر من امور السلطان لا يبرا ونقل في خلاصة الفتاوى عن المنتقى رجل كفل
بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى
السجن وقال في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به
الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل
حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على اتيانه **قوله** قال واذا مات المكفول به برى
الكفيل بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن احضاره اي قال القدوري في مختصره اعلم
ان الكفيل بالنفس اذا مات او مات المكفول به برى عن الكفالة وذلك لانه اذا مات
المكفول به يتعذر تسليمه ولان الكفيل ما تكفل الا باحضار النفس وقد سقط الحضور عن
الاصيل فكذا عن الكفيل لان براة الاصيل من الحق المضمون توجب براة الكفيل واذا
مات الكفيل سقطت الكفالة ايضا لعدم قدرته على التسليم ولا يقال يودي ما على
المكفول به من تركة الكفيل لانه ما التزم باداء المال وانما التزم بتسليم النفس والمال
لا يصلح وفاء لهذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال اذا مات حيث يودي المال من تركته
لحصول المقصود بالمال لان المال لا يصلح وفاء للمال فيقوم المال مقام الكفيل فلا تبطل
الكفالة فيرجع ورثة الكفيل على المكفول عنه بعد ادا المال ان كانت الكفالة بامره كما في
حياة الكفيل اذا ادى الدين بنفسه ولو مات المكفول له لا تسقط الكفالة لان موت
من له الحق لا يسقط الحق ثم الوصي يطالب الكفيل ان كان لهذا المعنى لقيامه مقام المكفول

له وان لم يكن الوصي في المطالبة للوارث قوله قال ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت
اليك فانا بري فدفعه اليه فهو بري اي قال في الجامع الصغير وذلك لان موجب الكفالة
بالنفس البراة عند التسليم وقد وجد التسليم وموجبات الاشيا تثبت بلا تصريح ولا يتوقف
علي وجود الشرط كالغاصب اذا رد المغصوب الي المغصوب منه يبرا بمجرد التسليم
مع انه جان وهنا اولي لانه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشرا فانه يثبت
بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه
وكذا في ساير الموجبات قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا
لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل
الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرا الكفيل ولكن يقال له الكفيل قد وجب
على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم قوله ولو سلم المكفول له به نفسه من
كفالته صح وهذه من مسايل المبسوط ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها في البداية قال
في الشامل في قسم المبسوط دفع المكفول به نفسه الي الطالب من كفالة فلان يبرا الكفيل
لانه سلم حقه وكذلك وكيل الكفيل او رسوله لو سلم جاز لانهما بمنزلته ولو لم يقل من كفالته
لا يبرا لانه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه الي هنا لفظ الشامل قوله لانه مطالب
بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور وقوله مطالب بفتح اللام سماعا يعني ان المكفول
به مطالب بالحضور اي المطلوب الكفيل باحضاره لان الكفيل يطالبه بالحضور وحينئذ
فاذا كان المكفول به مطالبا من جهة الكفيل كان للمكفول به ان يدفع ذلك عن نفسه
وقد دفع حيث قال دفعت نفسي عن كفالة فلان فصح تسليمه نفسه عن كفالة الكفيل
بخلاف ما اذا لم يقل عن كفالة فلان حيث لا يبرا الكفيل لان تسليم النفس واجب على المكفول
به فيقع التسليم عن نفسه فيقع عن نفسه ما لم يصرح بقوله عن كفالة فلان قوله لقيامهما
مقامه اي لقيام وكيل الكفيل ورسوله مقام الكفيل قوله قال فان تكفل بنفسه على انه
ان لم يواف به الي وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الي الوقت لزمه
ضمان المال اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يبرا عن الكفالة بالنفس وهذا
مذهبنا وقال الشافعي الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد مر بيانها عند
قوله الكفالة ضربان واما الكفالة بالمال فانها لم تصح ايضا لان تعليقها تعليق سبب
وجوب المال بالشرط فلا يصح كالبيع وكما لو قال لك علي مائة درهم ان دخلت الدار
ولنا قوله تعالى ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى
علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجي بالصاع فعلم ان تعليق الكفالة بالشرط صحيح
وهذا لان شريعة من قبلنا يلزمنا اذا قصها الله تعالى من غير انكار ولان الكفالة
بالمال لها شبهان شبه بالنذر من حيث انها التزام ابتدا فيصح تعليقها من هذا الوجه
وشبه بالبيع من حيث انها معاوضة انتهاء حيث يرجع الكفيل بما ادى على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة بامره فلا يصح تعليقها فوفرنا من الجانبين حظهما فقلنا
يصح تعليقها بشرط متعارف بين الناس لانها لتاكيد الكفالة بالنفس لان الغرض
من الكفالة بالنفس الوصول الي الحق وفي الكفالة بالمال كذلك فصح فاذا صح التعليق
ووجد الشرط يلزمه المال فاذا ادى المال لا يبرا عن الكفالة بالنفس كما اذا ادى المال

بري

بري عن احد الضمانين فلا يلزم من براة احد الضمانين البراة عن الضمان الاخر فيلزمه احضاره لعدم
المنافاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز ان يدعي عليه دينا اخر فلاجرم وجب الاحضار
وقوله ان لم يواف به اي ان لم يات به هي من الموافاة يقال وافاه اذا اتاه قوله فهو ضامن
لما عليه انما قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يواف الي وقت كذا فعليه كذا لا
تصح الكفالة عند محمد وسيجي بعد هذا ان شا الله تعالي واما قوله وهو الف فليس فيه كثير
فايدة لانه اذا لم يسم قدر المكفول به جازت الكفالة بان قال الكفيل اذا لم يواف به الي
وقت كذا فعلي ما لك عليه وهذا لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كضمان الدرك لان
بناها علي التوسع وكالضمان بالشجة فانه يصح مع انه مجهول لا يعلم انها تسري الي النفس
ام لا قوله لا تقع هذه الكفالة اي الكفالة بالمال وانما قيد بقوله هذه لان الكفالة بالنفس لا
تنتقض عند الشافعي علي ما هو الصحيح قوله تعليق سبب وجوب المال بالخطر واراد بالسبب
الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب
المال فلا يصح لان المال لا يحتمل التعليق بالخطر لافضايه الي معنى القمار قوله كهبوب الريح
ونحوه اراد به دخول الدار ومجي المطر قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف
به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال وهذه من مسايل الجامع الصغير
وذلك لانه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فلما تحقق
وجب المال لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم والفرق بين هذه المسيلة وبين
مسيلة القدوري التي تقدمها ان في هذه لم يذكر لفظ الغد في اكثر نسخ الجامع الصغير ولهذا
لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان وانما ذكره بعضهم فكان مسيلة القدوري
مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه فحصل الفرق والوجه الثاني من الفرق ان المكفول به هنا
مات قبل الغد وفي مسيلة القدوري هو حي ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت
فذكر مسيلة الجامع الصغير ازاحة لوهم بعض الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة
وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق بينهما بل يجب المال اذا وجد الشرط وهو
عدم الموافاة في الوقت قوله ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى
تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المال فلم يواف به غدا فعليه المائة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم
يلتفت الي دعواه وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها ولزمه ولم يدع مائة دينار فقال
له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الي غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي
بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب
الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة
دينار ولو ادعاها بعد ذلك لم التفت الي دعواه الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
واراد بالوجهين ما اذا بين صفة المائة بانها جيدة او ردية او وسط وما اذا لم يبينها
وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ان لم اوافك به غدا فعلي الف درهم ولم يقل التي
لك عليه والطالب يدعي الفا لزمه الف درهم عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه ثم رجع ابو
يوسف الي قول ابي حنيفة الي هنا لفظ الشامل وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير

في هذا الفرق مناقشة صح

رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعلى الكفيل مائة دينار ولم يقل التي لك عليه فلم يواف
به في الغد لزمته المائة دينارا في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قول محمد الكفالة بالنفس
جايزة ولا يلزم المال وقال الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير فعند محمد لا تصح الكفالة بالنفس
ولا بالمال حتى لو لم يواف به غدا لا يلزمه شي وعند ابي حنيفة وابي يوسف صحت الكفالتان
اذا بين المال بعد ذلك بماية درهم وادعى انها له وقال في اشارات الاسرار اذا كفل بنفس رجل
على انه ان لم يواف به غدا فعليه الف درهم صحت الكفالة وقال محمد لا تصح الى هنا لفظ الاشارات
ثم لمحمد طريقان احدهما اختاره الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي في شرح هذا الكتاب
وهو ان هذا في معنى الرشوة لان قوله ان لم اوافك به غدا فعلى مائة دينار بلا نسبة المائة
الى الاصيل محتمل لانه يحتمل انه اراد بذلك مالا مبتدا بسبيل الرشوة ويحتمل انه اراد ما على
الاصيل لا بسبيل الرشوة ولم يكن المال لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا لا تصح الكفالة وان كان المال
مقدرا عند الدعوى والثاني ما اختاره الشيخ ابو الحسن الكرخي في شرح هذا الكتاب وهو ان الكفالة
بالنفس باطلة لجهالة المدعى به ثم يجب عليه احضار النفس فاذا لم يصح الكفالة بالنفس لم تصح
الكفالة بالمال ايضا لانها مرتبة على الاولى فاذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية او نقول لما بطلت
الاولى بطلت الثانية لانها تعليق وجوب المال بالخطر ابتداء من غير ان تكون موكدة
للكفالة بالنفس فعلى هذا تصح الكفالة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولابي حنيفة وابي يوسف
ان الكفالة دارت بين الصحة والفساد وكل عقد تحتملهما يحمل على الصحة تصحيحا لكلام
العاقل عن الالغا بيانه ان المال ان كان معلوما عند الدعوى والكفالة صحت الكفالة بالنفس
فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها بنا عليها وان لم يكن معلوما عند الدعوى والكفالة صحت الكفالة
ايضا على احتمال البيان لان العادة الفاشية ان المدعي لا يبين المال جنسا او قدرا عند الدعوى
احترازا عن حيل الخصوم الى ان يحضر مجلس القاضي فاذا بينه عنده تنصرف الى ابتدا
الدعوى فيصير كانه كان معلوما من الاول فتظهر صحة الكفالة بالنفس فاذا ظهرت صحتها
ظهرت صحة الكفالة بالمال ايضا لانها بنا عليها ويقبل قول المدعي انه اراد ذلك عند
الدعوى لانه يدعي الصحة قال الفقيه ابو الليث في وجه قول محمد انما خرج الكلام
مخرج الاقرار والاقرار لا يتعلق بالاخطار بدليل انه لو قال ان دخلت الدار فلك ماية دينار
او قال ان لم اتك غدا فلك علي ماية دينار ولو قال هكذا لا يلزمه شي ثم قال الجواب
لابي حنيفة ان قوله يحتمل الاقرار ويحتمل الكفالة وصرفه الى الكفالة اولى لان تعليق
وجوب المال بعدم الموافاة يجري في باب الكفالة ولا يجري في باب الاقرار واذا كان
هكذا صرف كلامه الى ما يصح صرفه اليه **قوله** ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
اي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقا بخطر وان بين صفة المائة من الجودة
والرداءة والوسط **قوله** ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه يعني ان المال
في قول الكفيل ذكر معرفا حيث قال ان لم يواف به غدا فعليه المال فينصرف الى ما
على الاصيل لانه هو المعهود وهذا صحيح على ما ذكره من صورة المسألة ولكن لفظ محمد
في اصل الجامع الصغير منكر لانه قال فعلى ماية دينار وكذلك لفظه في المبسوط منكر
ايضا لانه قال فعلى الف درهم وكذلك لفظ الاشارات وغيرها وقد روينا جميع
ذلك قبل هذا فعلى هذا لا يصح تعليله بكون المال معرفا فافهم والاولى في التعليل ما ذكرناه

قوله ولا يجوز

قوله قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص اي قال القدوري في مختصره وهي من
مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال لا كفالة
في الحدود والقصاص ولا يحبس في الحدود والقصاص الا ان يشهد شاهدان او شاهد
عدل يعرفه القاضي الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرحه
معنى قوله لا كفالة في الحدود والقصاص ان القاضي لا يفعل ذلك لان فيه احتياطا للاثبات
والشرع امر بالدرء وهو خلافه ثم قال فخر الاسلام وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا باس به لان الكفالة لتسليم النفس وتسليم النفس الى مجلس القاضي واجب هاهنا والزم
ثم قال فاما اذا سمحت نفسه ببذل الكفالة فهو جائز لان تسليم النفس واجب الى مجلس القاضي
وقال فخر الدين قاضي خان معناه انه لا يجبر على اعطا الكفيل لان الحدود والقصاص تحتال
لدرئه فلا يليق به الجبر على التوثق ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا باس به
وقول محمد مضطرب الى هنا لفظ كتابه وكذلك قال العتابي ايضا وكذلك ذكر الشيخ علا الدين
الاسبيجابي في اول كتاب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف
وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر عليه
على اعطا الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف
والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقد ذكرناه مرة في اول
كتاب الكفالة وقال في الشامل ايضا في اواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز
الكفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى قيامي ان كانت
بينتك حاضرة عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ كفيلا ثلثة ايام ثم قال والخلاف في
امر القاضي باعطايه لا في الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر ابو الحسن الكرخي رحمه
الله ان الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب
بنفسه ولكن هل للقاضي ان يامره بالكفيل اذا طلب الخصم قال ابو حنيفة رضي الله
عنه لا ياخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى يقام عليه البينة او يستوفي كذا ذكر
صاحب التحفة ثم لا يحبسه القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد انه زنى او قتل فيحبسه القاضي حينيذ لثبوت التهمة
باحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول وقد صح
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الاموال حيث لا يحبس فيها
بشهادة الواحد لان الحبس فيها اقصى ما في الباب من العقوبة عند الامتناع عن الايفا
فلم يجز الحبس قبل ثبوت المال وفي الحدود والقصاص اقصى من العقوبة القتل والقطع
والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود بخلاف ما اذا كان الشاهد مجهولا
حيث لا يحبسه لعدم العدد والعدالة جميعا وقد اورد في شرح الاقطع سوالا وجوابا
فقال فان قيل فقد قال ابو حنيفة رضي الله عنه يحبس والتوثق بالحبس اعظم من التوثق
بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق وانما هو للتهمة لان الشهود قد اخبروا انه يفسد في الارض
بقتل الناس وانتهاك الاعراض والحبس بالتهمة واجب ونقل الناطفي في اجناسه
عن نوادر ابن رستم في التعزير لا يحبس حتى يسال عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة

علي الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الادمي
وفي نوادر ابو يوسف رواية بن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة احبسه
وادبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده
في السجن الا ان يتوب لان شر هذا علي الناس وشر الاول علي نفسه بهذا اللفظ
الذي ذكره في كتاب الحدود من الاجناس **قوله** لان فيه حق العبد اي في حد القذف
ولهذا يشترط فيه الدعوى **قوله** وفي القصاص لانه خالص حق العبد وفيه نظر لان
القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالي من حيث اخلا العالم عن الفسا وحق
العبد من حيث تشفي العبد ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الاعتياض والعفو
وقد مر بيانه في كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي **قوله** بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالي اراد به حد الزنا وشرب الخمر يعني لا يجوز الكفالة فيها بالاتفاق **قوله**
ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد
وبين حد هو خالص حق الله تعالي فلا يجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام
النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد
في شرح ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الي النبي صلى الله عليه وسلم ولنا في
رفعه نظر **قوله** كما في التعزير اي يجبر المطلوب علي اعطا الكفيل فيما يجب فيه التعزير
قوله ولو سمحت به نفسه اي لو تبرع باعطا الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب
وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالاجماع لانه التزم
تسليم النفس وتسليم النفس واجب **قوله** فيهما في الموضعين روي بضمير التثنية وروي
بالافراد علي التانيث فعلي الثاني معناه في الحدود والقصاص وعلي الاول معناه في
حد القذف والقصاص **قوله** للتهمة بالفتح ويجوز الاسكان ايضا **قوله** وذكر في ادب
القاضي ان علي قولهما لا يحبس في الحد والقصاص بشهادة الواحد لحصول
الاستيثاق بالكفالة يعني ان عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص
لم يبق الحاجة الي الحبس فلا يحبس لان الاستيثاق يحصل بالكفالة وعند ابي حنيفة رضي
الله عنه لا كفالة فيها جبرا فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول **قوله** والرهن
والكفالة جايزان في الخراج وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال الكفالة والرهن في الخراج جايز اعلم ان الخراج الموظف
يجوز الكفالة والرهن لانه دين مطالب من جهة العباد فتصح الكفالة والرهن به كساير
الديون بخلاف الزكوة حيث لا تصح الكفالة بها لانها ليست بدين ولهذا لا تؤخذ الزكاة
من تركته بعد الموت ولان الرهن شرع بما كان مضمونا يمكن استيفاوه من الرهن والخراج
شي مضمون يمكن استيفاوه من الرهن فيصح الرهن بالخراج والكفالة مشروعة لتحمل
المطالبة بالمضمون والخراج مطالب مضمون فصحت الكفالة به فعين هذا عرفت ان في
قول صاحب الهداية لانه دين مطالب به ممكن الاستيفا لفا ونشرا حيث يرجع قوله
مطالب بها الي الكفالة وقوله ممكن الاستيفا يرجع الي الرهن **قوله** فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما اراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونها مشروعة لتحمل
المطالبة وموجب الرهن كونه مشروعا لمضمون يمكن استيفاوه من الرهن والضمير في

عليه راجع الي الخراج وفي فيهما راجع الي الرهن والكفالة والدليل علي كون الخراج دينا الحبس
والملازمة لاجله ومنع وجوب الزكوة **قوله** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ
منه كفيلا اخر فهما كفيلان وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كفل بنفس رجل ثم لقي الطالب المكفول به واعطاه
كفيلا اخر بنفسه قال لا يبرا الكفيل الاول وهما كفيلان جميعا يعني يطالب من له الحق ايهما
شا بتسليم نفس الاصيل ولا يبرا الكفيل الاول لان الكفالة عقد توثق وبالثاني يزداد التوثق
ولا منافاة بين الزام الثاني والاول فلا يبرا الاول ومذهب الشافعي لا يتاتي هنا لان الكفالة
بالنفس عنده لا تصح قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرحه للجامع الصغير وفي قول
بن ابي ليلي برئ الكفيل الاول لانه لما وجب حق المسلم علي الثاني لا يجب علي الاول لان
حقا واحدا لا يكون في موضعين وهذا علي اصله مستقيم لان من اصله ان الكفيل اذا كان
كفيلا بالدين برئ المكفول عنه فكذلك ها هنا اذا كفل الثاني برئ الاول واما اصحابنا يقولون
يجوز ان يكون حق المسلم علي الثاني وعلي الاول جميعا ثم قال الفقيه فان قيل لما اخذ الطالب
المطلوب واخذ منه كفيلا فقد صار مستوفيا للنفس حين صارت في يديه فلم لا يبرا الكفيل
الاول بمنزلة الكفيل بالدين اذا اخذ الطالب من المطلوب الدين برئ الكفيل قيل له لان
الطالب اذا اخذ الدين لم يبق له حق وها هنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج اليه في كل
وقت حتى يستخرج حقه **قوله** واما الكفالة بالمال فجايزة معلوما كان المكفول به او مجهولا
اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا
البيع هذا لفظ القدوري في مختصره رحمه الله وقوله واما الكفالة بالمال تفصيل لما ذكر في
اول الكتاب بقوله الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال اعلم ان الكفالة بالنفس
جايزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر في اول كتاب الكفالة واما الكفالة بالمال ففي
الديون جايزة بلا خلاف وفي الاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا
والمقبوض علي سوم الشرا تصح الكفالة وتجب تسليم العين اذا كانت قايمة وان هلكت يجب
تسليم القيمة وقد مر بيان انواع الاعيان في اول كتاب الكفالة وعند الشافعي لا يجوز الكفالة
بالاعيان المضمونة لان العين لا يلزم في الذمة ولنا ان شرط الكفالة ان يكون المكفول به مقدور
التسليم وقد وجد ذلك ثم الكفالة بالمجهول يصح عندنا اذا كان دينا صحيحا وعند الشافعي رضي
الله عنه لا يصح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب قال في شرح الاقطع ونص الشافعي
رحمه الله علي جواز ضمان الدرك ولنا قوله تعالي ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم وجه
الاستدلال ان حمل البعير مجهول القدر يحتمل للزيادة والنقصان وشريعة من قبلنا يلزمنا
علي انها شريعتنا اذا قصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار ولان الجهالة تتحمل في
الكفالة اذا كانت متعارفة الا تري ان الكفالة بالدرك يصح بالاجماع وضمان الدرك عبارة
عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول لانه لا يدري ان المبيع يستحق بعضه او كله وكذا الكفالة
بالشجة خطا يصح مع ان فيها جهالة لانه لا يدري انها تسري الي النفس ام لا بخلاف الكفالة
بالشجة عمدا لان فيها القصاص فلا تصح الكفالة بالقصاص وارد في شرح الاقطع سوالا
وجوابا فقال فان قيل ضمان بمال مجهول فلم يصح كما لو قال ضمنت لك بعض ما لك
علي فلان قيل له هذا يصح عندنا والجنايات فيه الي الضامن سبن اي مقدار شا ثم شرط

ان يكون الدين صحيحا احترازا عن بدل الكتابة لان الكفالة ببدل الكتابة لا تصح لانه ليس بدين
صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء او الابرا فيسقط بدل الكتابة بدون الادا والابرا
بتعجيز النفس ولان القياس ان لا تجوز الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فدل
ان بدل الكتابة لا يثبت ثبوتا صحيحا الا انها جوزت صحيحا استحسانا لقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا قوله مثل ان يقول تكفلت عنه بالف نظير كون المكفول به معلوما قوله اوبما
لك عليه او بما يدركك في هذا البيع نظير كون المكفول به مجهولا قوله فيتحمل الجهالة اي اذا
كانت الجهالة يسيرة ومتعارفة بالدرك والدرك التبعة وتحريك الراء وتسكينها جايز قوله م
قوله وكفى به حجة اي بالاجماع قوله وشرطان يكون دينا صحيحا اي شرط القدوري
رحمه الله ان يكون المكفول به دينا صحيحا في قوله اذا كان دينا صحيحا قوله والمكفول
له بالخيار ان شا طالب الذي عليه الاصل وان شا طالب كفيله وهذا لفظ القدوري
في مختصره يعني لما جازت الكفالة بالمال معلوما كان المكفول به او مجهولا يطالب المكفول
له الاصيل ان شا والكفيل ان شا لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة وهذا المعنى لا يوجب
براة الاصيل على خلاف ما يقوله ابن ابي ليلى ان الكفالة توجب براة الاصيل الا اذا كانت الكفالة
بشرط الاصيل فحينيذ يكون حوالة فانه ان خاصية الحوالة فان توى ما على الكفيل يرجع على الاصيل
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والتوى باحد الامرين او باحد الامور الثلاثة سيجي بيانه في كتاب
الحوالة بعد هذا ان شا الله تعالى ثم للمكفول له مطالبة الاصيل والكفيل جميعا فاذا اختار مطالبة
احدهما لا يسقط مطالبته عن الاخر بخلاف المغصوب منه فاذا اختار تضمين احد الغاصبين
من الغاصب وغاصب الغاصب فليس له تضمين الاخر بعد ذلك والفرق ان تضمين
احدهما يتضمن نقل الملك اليه ومحال ان يملك العين الواحدة جميعها لاثنين في زمان
واحد والمطالبة لا تقتضي التمليك ما لم يوجد الاستيفا حقيقة فلم يمنع مطالبة احدهما مطالبة
الاخر عليه الاصل اراد بالاصل الدين لان مطالبة الكفيل بنا على الدين قوله بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين يعني ليس له ان يضمن الاخر بعد اختيار احدهما في
التضمين اذا قضى القاضي بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه واراد
بالغاصبين الغاصب وغاصب الغاصب وبه صرح في التحفة وغيرها ولكن يستقر
الضمان على غاصب الغاصب كذا في شرح الطحاوي قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط
مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي هذا
لفظ القدوري في مختصره وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان احدهما
مجهولا لا تصح الكفالة الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذاب لك
على احد من الناس فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك
لاحد من الناس فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون له اعلم ان تعليق الكفالة بشرط متعارف
جايز عندنا خلافا للشافعي لقوله تعالى ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم بيانه انه تعالى
علق الكفالة بشرط المجي بالصاع فعلم ان تعليقها بالشرط لان شريعة من قبلنا تلزمنا على
انه شريعة رسولنا اذا قصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار ولان الكفالة بالمال لها
شبهان شبه بالنذر ابتداء من حيث الالتزام وشبه بالبيع من حيث المعاوضة انتهاء
فصح التعليق من الوجه الاول دون الثاني فوفرنا حظها من الوجهين وقد مر ذلك مرة

عند قوله

عند قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه ثم الشرط اذا كان
ملايما جاز تعليق الكفالة به وذلك بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن
لذلك او شرطا لامكان الاستيفا كقوله اذا قدم المكفول عنه فانا كفيل لك بما عليه وهذا لان الاستحقاق
للوجوب وقدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الادا او شرطا لتعذر الاستيفا كقوله ان غاب
المكفول عنه عن البلدة فانا ضامن لك بما عليه وان كان الشرط بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجي
المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال حالا لان كل ما جاز تعليقه بالشرط
لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق قال في الاجناس كل موضع اضاف الضمان
الى ما هو سبب للزوم المال فذلك جايز بذلك عليه جواز ضمان الدرك وكل موضع اضاف الضمان
الى ما ليس بسبب للزوم المال فذلك الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فمالك على فلان
فعلي وقال في الاجناس ايضا ولو قال ما قضي لك به على فلان فعلي انه لا يلزم الكفيل ما اقر به
المطلوب حتى يقضى به عليه ولو مات المطلوب قبل ان يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته
او وصيه فقضي له عليهم لزم الكفيل ولو مات الكفيل لحقه في تركته ذكره في كفالة الاصل
وفي نوادر هشام عن محمد لو قال لاخر ما غصبك فلان او ما سرقك فانا له ضامن جاز ذلك
الضمان ولو قال ما غصبك اهل هذه الدار فانا له ضامن فهو باطل حتى يسمي انسانا بعينه لان
تقديره ضمنت لك ما يجب لك على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز وكذلك اذا سمى
انسانا بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب على فلان فهو علي جاز وعلى هذا المعنى ذكر في كتاب
كفالة الاصل لو قال من بايع فلانا اليوم من بيع فعلي فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شي
لان تقديره ضمنت لواحد من الناس ما يبيع ولو قال لقوم حاضرين ما بايعتموه به من شي
فعلي جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالك فانا ضامن لم يلزم
الضامن من شي حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل التقاضي
فقال وارثه اعطيك او لا اعطيك فالمال يلزم الكفيل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو
قال ان تقاضيت فلم يعطيك فانا له ضامن فمات المطلوب قبل التقاضي بطل عن
الضامن وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا فعلي فبايعه
مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في اول مرة ولا يلزمه ثمن ما بايعه بعده وفي نوادر ابي
يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه المسايل كلها مذكورة في الاجناس ونقل في
خلاصة الفتاوى عن الاصل رجل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا
ضامن لك صح ولو قال ان قتلك او ابنك فلان خطا فانا ضامن للدية صح بخلاف قوله
ان اكلك سبع قوله ما ذاب لك اي وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي
وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا يعني اذا جعل هبوب الريح او مجي المطر اجلا للكفالة
ببطل الاجل وتصح الكفالة قال في الاجناس اذا كفل بنفس رجل الى الحصاد والدياس
او المهرجان او الى العطا او الجذاذ يقدم المكفول به من سفره او الى صوم النصارى جازت
الكفالة والتاجيل جميعا ولو قال الى ان يمطر السما او الى ان يقدم فلان غير المكفول
جازت الكفالة والتاجيل باطل ذكره في كتاب كفالة الاصيل وذكر ابن عبدك في كتاب
الكفالة من تاليفه قال ابو حنيفة رضي الله عنه الضمان باطل الى هذا لفظ الاجناس
وعند الشافعي رضي الله عنه لا تصح الكفالة الى الاجال المجهولة والبيع الى هذه الاجال

لا يجوز بالاجماع قال في التحفة ولا خلاف في جواز الكفالة الي اجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها
وقد مر ياتي الكلام في باب البيع الفاسد قوله فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت
البينة علي الف عليه ضمنه الكفيل هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم تقم
البينة علي الف عليه ضمنه الكفيل فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف
به فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق علي كفيله وانما ضمن الكفيل
الالف اذا قامت البينة علي ذلك لان الكفيل ضمن بما عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على
المكفول عنه الف والثابت بالبينة كالثابت عيانا فصار كانه ضمن بالالف الذي عليه
فلزمه ذلك وا ما اذا عجز الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما قر به لانه
مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا اقر بشي مجهول وانما اعتبر قول الكفيل مع اليمين
لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشي مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه
كالمدعي عليه بالمال واما اذا اقر المكفول عنه باكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق في
الاكثر علي الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين احدهما على نفسه والاخر على الكفيل
فيصدق في اقراره على نفسه لان له ولاية علي نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم
ولايته عليه قال في الشامل في قسم المبسوط ما ذاب لك علي فلان فهو علي
او ما ثبت او ما قضي عليه فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل الا قوله ما قضي عليه
لم يلزمه الا ان يقضي القاضي لان قوله ما ذاب اي حصل وقد حصل باقراره ولو قال
ما لك او ما اقر لك به امس فقال المطلوب اقررت له بالف لم يلزم في الكفيل
لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه ولم يثبت انه واجب فان قال لما اقر
فاقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل
ما كان اقر لك ولو ابي المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لان النكول
ليس باقرار بل بذل الي هنا لفظ الشامل وكتبنا هذه المسايل لتكثير الفوايد قوله قال
وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه
قوله عليه السلام الزعيم غارم وهو باطلاقه يتنا ول الكفالة سوا كانت بامره او بغير
امره وقد روينا قبل هذا عند قوله وكذا اذا قال ضمنته عن اول كتاب الكفالة والحوالة
ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة فقال عليه السلام اعلي ميت كم دين فقالوا نعم
فامتنع عن الصلاة فقال ابو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى فعلم ان الكفالة بغير
امره جايزة ولان الكفالة اذا كانت بامر كانت بمعنى القرض فكانه قال اقرضني كذا
وادفعه الي فلان وذلك جايز فكذا هذا ولان في الكفالة تقوية للطالب واعانة
للمطلوب وذلك نفع لهما فصحت الكفالة بامر كانت او بغير امر والرجوع عند الامر وان
كان ضررا علي المكفول عنه لم يلتفت اليه لوجود دليل الرضا به وهو الامر قوله لا طلاق
ما روينا اشارة الي قوله عليه السلام الزعيم غارم قوله اذ هو اي الرجوع قوله وقد رضي به
اي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا جواب لاشكال يقال لم قلتم ان في الكفالة نفعا
للمكفول عنه ولا ضرر عليه ورجوع الكفيل عليه بما ادي ضرر فقال لا نسلم انه ضرر
مع وجود الرضا بالرجوع قوله فان كفل بامره رجع بما ادي عليه هذا لفظ القدوري في
مختصره يعني اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه رجع الكفيل علي المكفول عنه بما ادي

وهذا

وهذا بالاتفاق وذلك لان امره بالادا في معنى القرض والمقرض له الرجوع فكذا هذا قال في شرح الاقطع
وهذا الذي ذكره انما يصح اذا قال اضمن عني لفلان كذا فان قال له اضمن الالف الذي لفلان علي
لم يرجع عليه عند الادا لان قوله اضمن يحتمل ان يكون علي وجه التبرع ويحتمل غيره فلا يجوز ايجاب
الضمان الا بلفظ يختص به فاذا قال اضمن عني دل علي الضمان فلزمه ولا يلزمه غيره بالشك
ولكن هذا الذي ذكره مذهب ابي حنيفة خلافا لابي يوسف بدليل ما قال في الاشارات
الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع علي الامر
الا اذا كان خليطا له او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضا بنا علي الامر فلا بد
من اعتبار الامر فيه ولن يكون كذلك الا اذا كان قضا من جهة الذي امر فصار كما لو
قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا بانه لا يقع عن الذي امر لغا الامر لانه
يصير قاضيا عن نفسه ويصير وجود الامر وعدمه بمنزلة ونحن نقول وقوع القضا صحيحا
ليس يستدعي ان يكون عن الذي امر فلا يجعل عنه الا بقرينة زايدة وهي خلطة او شركة
فاما الامر فليس يستدعي ان يكون الادا واقعا عن الذي امر فانه يكون ارشادا الا تري
انه لو قال اشتر كذا لم يكن توكيلا بل كان امر ارشاد ثم ينبغي لك ان تعرف ان رجوع
الكفيل علي المكفول عنه اذا وجد الامر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز اقراره علي نفسه
بالدين ويملك التبرع والا فلا وبه صرح في التحفة وكفاية البيهقي وغيرهما حتى ان الصبي
المحجور اذا امر رجلا ان يكفل عنه فكفل وادي لا يرجع لان الاصيل مستقرض عن الكفيل
معنى واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف استقراض البالغ واما العبد المحجور لا يرجع
عليه الا بعد العتق لان امره صحيح في حق نفسه دون مولاه قال في التحفة ثم الكفيل يرجع بما
ضمن لا بما ادي لانه ملك ما في ذمة الاصيل حتى انه اذا كان عليه دين دراهم صحاح جيدة
فادي زيوفا وتجوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجياد وكذا لو ادي عنها عن المكيل
والموزون او العروض فانه يرجع بالدراهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما ادي
لا بما علي الغريم وبخلاف الصلح اذا صالح من الالف علي خمسماية فانه يرجع بخمسماية لا بالالف
لانه اسقاط البعض قوله وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يوديه هذا لفظ القدوري
في مختصره وعند مالك يرجع كذا في التحفة وكفاية البيهقي له ان صاحب الدين ملكه
الدين بما اخذه منه ولنا انه تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان تمليك ما لا يقدر
علي تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه لانه في قبضه قوله كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
يعني اذا ملك الكفيل المكفول به بان يهبه المكفول له للكفيل يرجع الكفيل علي المكفول عنه بالمكفول
به وكذلك اذا مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع علي المكفول عنه بالمكفول به كما لو
ملك ذلك بالادا قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له او تصدق عليه يحتاج
الي القبول فاذا قبل كان له ان يرجع علي الاصيل كما اذا ادي ثلث هذه المسلة تخرج قول
بعض المشايخ ان الكفالة ضم الذمة الي الذمة في الدين لا في حق المطالبة فحسب وهذا لانه
لو لم يجب علي الكفيل دين بالتزامه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز
عندنا قوله وكما اذا ملكه المحتال عليه يعني اذا احال المديون غريمه علي رجل ليس للمديون
علي الرجل دين فقبل الحوالة فادي يرجع المحتال عليه علي المحيل بما ضمن لا بما ادي لانه
ملك الدين بالادا كالكفيل قوله لما ذكرنا في الحوالة اي في حوالة كفاية المنتهى قوله وبخلاف

ما اذا اصالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسماية اي يرجع بما ادي وهو خمسماية لا بما ضمن
وهو الالف لان الصلح اسقاط **قوله** كما اذا ابرى الكفيل يعني اذا اخذ من الكفيل خمسماية وابراه
عن خمسماية لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بما اداه وهو خمسماية لا بما ضمن وهو الالف
فكذا اذا اصالح على خمسماية عن الف لا يرجع الا بخمسماية فكانه ابراه عن الخمسماية الباقية
وهذا الوجه هو الذي يقتضيه وجه الكلام ويجوز ان يقال معناه اذا ابرا الكفيل عن مجموع
الدين لا يرجع على المكفول عنه فكذا اذا اصالح الكفيل اياه على بعض الدين لا يرجع بالباقي
اعتبارا لابرا البعض بابرا الكل **قوله** قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال
قبل ان يودي عنه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الكفيل كالمقرض معنى
والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم
يود وعلى ما قال في المتن نقول اذا ادى رجع لانه ملك الدين بالادا وان لم يود
لم يرجع لانه لا يملكه بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع بالثمن على الموكل قبل الادا
لانه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية الا ترى ان الملك ينتقل الى الموكل
من جهة الوكيل ولهذا يتحالفان اذا اختلفا في الثمن وللوكيل بالشرا حبس المبيع بالثمن
فلما ثبتت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري وللبايع حبس المبيع
لاستيفا الثمن فكذا للوكيل اعلم ان الكفيل بالامر اذا طولب طالب الاصيل فاذا حبس
حبسه واذا ادى رجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه واما اذا
كان عليه دين فليس للكفيل ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا له ان يحبسه اذا حبس
ولا له ان يرجع عليه اذا ادى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوي
هذا كله اذا كانت الكفالة بامر من عليه اما اذا كانت الكفالة بغير امر فليس للكفيل
الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع **قوله** قال فان لوزم بالمال كان
له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه اي قال القدوري
في مختصره وهذا اذا كانت الكفالة بالامر وقد مر بيانه وانما كان للكفيل ملازمة الاصيل
والحبس لان الاصيل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها **قوله** واذا
ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى منه بري الكفيل هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل
بالادا او بالابرا فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب
الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا او نقول لا دين على الكفيل على ما هو
مختار بعض المشايخ وانما عليه المطالبة بالدين الذي على المكفول عنه وقد سقط
الدين فتسقط المطالبة ايضا وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا ابرا المكفول له
المطلوب عن الدين وقبل ذلك بري الاصيل والكفيل جميعا لان براة الاصيل توجب براة
الكفيل وبراة الكفيل لا توجب براة الاصيل الا انه اذا ابرا الاصيل يشترط في ذلك قبوله
او يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول فلو رده ارتد وعاد دين الطالب على
حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا قال بعضهم
يعود وقال بعضهم لا يعود ولو ابرا الكفيل صح الابرا قبل او لم يقبل ولا يرجع الى الاصيل
ولو وهب الدين له او تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على

الاصيل كما اذا ادى وفي الكفيل حكم ابرايه والهبة يختلف بالابرا ولا يحتاج الى القبول وفي
الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفي الاصيل يتفق حكم ابرايه والهبة والصدقة فيحتاج الى
القبول في الكل ولو كان الابرا والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولو رد ورثته
ارتد وبطل الابرا وعند ابي يوسف لان الابرا بعد الموت ابرا للورثة وقال محمد لا يرتد
بردهم كالو ابراه في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح
الطحاوي **قوله** عليه اي على المكفول عنه في الصحيح اي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول
بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة الى الذمة في الدين **قوله** بدونه اي بدون
المطالبة وتذكير ضمير المونث على تاويل الطلب **قوله** وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل
فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل وهي من مسايل
الجامع الصغير وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي واذا اخر الطالب الدين عن الكفيل
الى مدة فقبل الكفيل هذا التاخير معه صح التاخير عن الكفيل خاصة فلا يكون ذلك تاخيرا عن
الاصيل ولو رد الكفيل التاخير ارتد بخلاف الابرا للكفيل انه لا يرتد برده ولو اخر الدين عن
الاصيل تاخر عنهما جميعا لان ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل ليس تبيع لضمان الكفيل ولو كان
له على رجل دين موجل فاخذ منه كفيلا تثبت على الكفيل موجلا كما كان على الاصيل لانه تحمل
دينا موجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب موجلا صحت الكفالة وتاخر
الدين عنهما لان الاجل الحق بالدين والدين على الاصيل الا ان يشترط الطالب وقت الكفالة
الاجل للكفيل خاصة فلا يتاخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو ان الكفيل احال المكفول
له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد بري الكفيل والمكفول عنه لان
الكفالة حصلت باصل الدين واصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه
الحوالة براتهما جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة ابرا الكفيل خاصة بري الكفيل
والاصيل له على الكفيل حتى يتوى المال على المحتال عليه **قوله** موجلا حال من قوله كفل
قوله اما ههنا يعني فيما كفل حالا ثم اخر عنه الطالب لم يكن ذلك تاخيرا عن الاصيل وحاصله
ان التاجيل اذا كان في ابتدا الكفالة كان تاجيلا عنهما جميعا لانه صار وصفا للدين بخلاف
ما اذا وجدت الكفالة ثم اخر الطالب عن الكفيل لا يكون ذلك تاخيرا عن الاصيل لان
التاجيل لم يكن وصفا للدين حين وجود الكفالة قال في الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين
الموجل اذا ادى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الاجل **قوله** فان صالح
الكفيل رب المال عن الالف على خمسماية فقد بري الكفيل والذي عليه الاصل وصورة
المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له على رجل
الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسماية قال
بريا جميعا الكفيل والذي عليه الاصل وذلك لان الكفيل متحمل للمطالبة وانما المال على
الاصيل فاذا اضاف الصلح الى الالف الدين فقد اضاف الى على الاصيل فبري الاصيل
عن الخمسماية لان الصلح اسقاط فلما بري عنها بري الكفيل ايضا لان براته توجب براة
الكفيل ثم يبران عن الخمسماية الباقية بالايفا ويرجع بذلك الكفيل على الاصيل ان كانت
الكفالة بالامر وان صالحه مطلقا او ابراه بطلت المطالبة عن الكفيل وبقي الحق على
الاصيل كذا قال فخر الاسلام وغيره هذا في صورة الابرا ظاهر واما اذا اصالح الكفيل

مطلقا فبقا الحق على الاصيل مشكل الاترى الى ما قال في شرح الطحاوي واذا كفل رجل لرجل
بمال له عليه ثم ان الكفيل صالح الطالب على بعضه كما لو كان عليه الف درهم فصالحه على
خمسمائة درهم فهذا على ثلثة اوجه في وجهين يبرا الكفيل والمكفول عنه جميعا عن الخمسمائة
الباقية وفي وجه يبرا الكفيل عن الخمسمائة خاصة ولا يبرا الاصيل اما الوجهان فهو ان يقول
الكفيل للطالب صالحتك عن الالف التي لك على على خمسمائة على انى والمكفول عنه
بريان عن الخمسمائة الباقية بريا جميعا والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار
ان شا اخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الاصيل ان كان بامره وان شا اخذها من الاصيل
والوجه الثاني ان يصالح على خمسمائة درهم بريا جميعا لان الصلح وقع عن اصل الدين والدين
كان اصله على المكفول فتتضمن هذا الصلح براتهما جميعا واما الوجه الذي يبرا الكفيل دون
الاصيل فهو ان يشترط الطالب في الصلح براة الكفيل خاصة فالطالب بالخيار ان شا اخذ
جميع دينه من الاصيل وان شا اخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ويرجع الكفيل
على الاصيل بما ادى ان كان الصلح بامره الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي وقال الامام شرف
الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي في كتابه المسمى بالمنهاج وان
صالح الكفيل رب المال عن الف على خمسمائة ولم يقل على ان تبريني برى الكفيل
والاصيل عن الزيادة وان قال على ان تبريني برى الكفيل منها خاصة قال في الشامل
في قسم المبسوط صالح الكفيل الطالب من الدين الالف على مائة على ان يبريهما جميعا بريا
ويرجع الكفيل على المطلوب بمائة ولو صالحه على مائة على ان وهب له الباقي يرجع بالالف
لان في الصورة الثانية ملك بعض الالف بالاداء لانه يقوم مقام الاصيل في ثبوت ملكه
في الدين وبعضه بالهبة لانها لفظ تمليك وفي الصورة الاولى ابرا الاصيل عن تسعمائة
ثم ملك الا مائة لاجرم لو صالحه على جنس سوى الدين رجع بكل الدين لانه يمكن ان يجعل
مالكا الدين بما ادى وفي جنس واحد لا يجوز ان يملك الفا بمائة فيصير اسقاطا التسعمائة
الى هنا لفظ الشامل **قوله** ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل والمراد بما
استوجب بالكفالة المطالبة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال
رجع الكفيل على المكفول عنه وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كفل عنه رجل بامره لرجل بمال فقال المكفول له
للكفيل قد برئت الي من هذا المال قال هذا قبض ويرجع الكفيل على المكفول عنه بالمال
وان قال قد ابراتك من هذا المال فهو بري ولا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشي الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير ذكر هنا مسئلتين احديهما قوله برئت الي والاخرى ابراتك
ولا خلاف فيهما والمسئلة الثالثة ما اذا قال برئت ولم يقل الي ذكر فيها الخلاف في
المبسوط بين ابي يوسف ومحمد اما في قوله برئت الي فانما يرجع الكفيل على المكفول
عنه لانه اضاف البراة الى الكفيل منتهية الى المكفول له والبراة التي يكون ابتداوها
من الكفيل وانتهاوها الى المكفول له لا تكون الا بالاداء فاذا كان كذلك كان قوله برئت
الي اقرارا بالايفا فكانه قال استوفيت منك حقي فاذا اقر الطالب بالايفا يرجع الكفيل
فكذا هذا واما في قوله ابراتك فلا يرجع الكفيل على المكفول عنه لان البراة في هذه الصورة
ابتداوها من الطالب والبراة التي ابتداوها من الطالب لا تكون الا بالاسقاط فاذا

اسقط

اسقط عن الكفيل لا يرجع لان رجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم ملك الدين بالاداء والهبة ولم يوجد
فلا يرجع ولكن ياخذ الطالب حقه من المكفول عنه لان براة الكفيل لا توجب براة الاصيل
واما المسالة الثالثة فهي ما اذا قال برئت ولم يقل الي فعند ابي يوسف يرجع الكفيل
على المكفول عنه وعند محمد لا يرجع لان قوله برئت يدل على البراة فتثبت والاستيفا امر
زايد فلا يثبت لكونه محتملا وهذا لان قوله يحتمل البراة بالاداء ويحتمل البراة بالابرا فلا
يثبت الرجوع بالشك ولابي يوسف انه اضاف البراة الى الكفيل فاستدعى ذلك
حصول البراة من قبل الكفيل وحصول البراة من قبله لا يكون الا بالايفا قالوا في شروح
الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غايبا فاذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض
او لم يقبض وذلك لان الاصل في الاجمال الرجوع الى بيان المجمل **قوله** والابرا بالحرف عطفا
على قوله بالاداء **قوله** فيثبت الادنى وهو البراة بالابرا لا البراة بالاداء وهذا لان البراة بغير بدل
ادنى من البراة ببدل **قوله** قال ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان تعليق الكفالة بشرط ملايم يصح عندنا وقد مر بيانه اما تعليق البراة
من الكفالة بالشرط لا يجوز مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بري من الكفالة واذا قدم المكفول
عنه فانت بري من الكفالة وذلك لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يجوز تعليقها
بالشروط لافضا به الى معنى القمار والدليل على ان فيها معنى التمليك ان المكفول له لو
ابرا المكفول عنه تملك ما في ذمته وهذا هو الظاهر وروي ان تعليق البراة من الكفالة
يصح لان الابرا اسقاط محض فصار كالطلاق يصح تعليقه بالشرط والدليل على هذا ان ابراء
الكفيل لا يرتد بالرد وليس ذلك مثل ابرا الاصيل فانه يرتد بالرد وهذا لان الكفيل ليس
عليه الا المطالبة لا الدين على ما هو القول الصحيح من مشايخنا فاذا كان كذلك كان ابراء
الكفيل اسقاطا محضا **قوله** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يجوز الكفالة به كالحدود
والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس
من عليه يعني ان الكفالة بنفس الحد لا يجوز اما الكفالة بنفس من عليه الحد فيجوز لان الكفالة
لتسليم النفس وتسليم النفس الى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فانها لا يجوز
لان العقوبات لا يجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنايب
وباقي الكلام مر عند قوله ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص **قوله** واذا تكفل
عن المشتري بالثمن جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وانما جاز الكفالة بالثمن لانه دين صحيح
يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كما في ساير الديون وكالقرض **قوله** وان تكفل
عن البايع بالمبيع لم تصح وهذا لفظ القدوري ايضا وانما لم تصح الكفالة به لانه عين لا يمكن اداؤه
من الكفيل اذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز لانه ممكن
اعلم ان الاعيان على نوعين امانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا تصح لان موجب الكفالة وجوب
ما هو مضمون على المكفول عنه على الكفيل فاذا كان العين امانة غير مضمونة على الاصيل لا يجب
ضمانها على الكفيل ايضا وهي كالودايع والعواري ومال المضاربة والشركة والعين المستاجرة
غير ان العارية والعين المستاجرة واجبة الرد اذا كان لها حمل ومونة بخلاف الودايع
ومال المضاربة والشركة فانها ليست بواجبة الرد بل الواجب التخلية فلو كفل
بتسليم العارية والمستاجرة صح لان التسليم واجب فلو هلك لا يجب على الكفيل قيمة

العين لانه امانة واما الاعيان المضمونة فما كان منها مضمونا بنفسه على معنى انه يجب رد عينها
ان كانت باقية وقيمتها ان هلكت تصح الكفالة لان الاعيان المضمونة بنفسها يجب ضمانها
كذلك على الذي في يده فكذلك يجب ضمانها على الكفيل وهي كالعين المغصوبة والمقبوض
على سوم الشرا والمبيع بيعا فاسدا وما كان منها غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع
في يد البايع والمرهون في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح
الكفالة به لان المبيع اذا هلك لا يجب على البايع قيمة المبيع بل ينفسخ العقد ويجب عليه رد
الثمن فاذا لم يجب على الاصيل شي لم يجب على الكفيل وكذا الرهن اذا هلك في يد المرتهن
يكون مستوفيا لقدر دينه ولا يلزمه شي فكذا لا يلزم الكفيل شي بخلاف ما اذا تكفل بتسليم
المبيع حيث يصح لان التسليم واجب على الاصيل وهو البايع فكذا على الكفيل لانه يمكن استيفاؤه
منه قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة وذلك لان الدابة اذا
كانت بعينها فالواجب على الموجر تسليم الدابة دون الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لا يجب
على الاصيل فلا يصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن
استيفا ذلك من الكفيل فصحت الكفالة كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وقال في
المبسوط لو تكارى دابة او عبدا وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل
بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يوخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل
وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستاجر لم يكن له على الكفيل شي
لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد
الاجر والكفيل ما تكفل بالاجر قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز قوله ولا تصح الكفالة
الا بقبول المكفول له في المجلس هذا لفظ القدوري في مختصره اي في مجلس عقد الكفالة
قال في شرح الطحاوي ولا تجوز الكفالة ولا الحوالة الا بقبول المكفول له والمحتال له
عند ابي حنيفة ومحمد بيانه هو ان الذي عليه الدين اذا قال لرجل ان لفلان بن
فلان علي دينا فاكفل به له عني او احتل له عني ففعل ذلك الاخر ثم بلغ ذلك
الى الطالب فاجازها فانه لا يجوز ذلك عندهما ويجوز عند ابي يوسف وكذلك
لو ان فضوليا قال اشهدوا اني ضمنت ما لفلان على فلان من الدين وهما
غايبان فبلغهما فاجازا فهو على الاختلاف وكذلك هذا الاختلاف في النكاح
اذا قال الفضولي اشهدوا اني قد زوجت فلانة من فلان بمهر كذا فبلغهما فاجازا
لم تجز عندهما وان قبل عن الغايب احد فانه يتوقف بالاجماع وقال في التحفة
وهذا بنا على ان شطر العقد يتوقف في النكاح عند ابي يوسف خلافا لهما فهذا
كذلك الا انهما استحسنا في المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا ما علي
من الدين لغرمايي ففعلوا فهو جايز ويلزمهم نظرا للغرما والحاصل ان الكفالة
بالنفس او المال اذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالاجماع
فان كان الطالب غايبا فهي جايزة عند ابي يوسف وقالا لا تجوز الا ان يقبل عنه
قابل فتتوقف على اجازته كذا في المختلف وجه قول ابي يوسف ان عقد الكفالة
التزام فيتفرد به الملتزم وما فيه من معنى التمليك ثابت في ضمن الالتزام

وهذا

وهذا كالابرا يتفرد به المبري وان كان فيه معنى التمليك لانه ثابت تبعا وضمنا ولهما
ان معنى الالتزام فيما يرجع الى المضمون نفسه لانه من قبل كان ثابتا فاما في حق
المضمون له فهو تمليك شي لم يكن ثابتا وهو مطالبة الكفيل ومتى ثبت معنى
التمليك لم يتفرد الواحد به لانه شطر العقد او نقول ان الكفالة عقد وثيقة
فيعتبر رضا من له الوثيقة كالرهن قال في مختصر الاسرار لا يقال نقلب
٧ ونقول فيستوي فيه المريض والصحيح لانا نقول به فان عندنا في المريض يعتبر
الرضا ايضا لان من له الدين اذا كان غايبا ورجع ولم يرض بضمان الوارث
بطل لكنا نقول ان الرضا معتبر وانما حضوره ليس بمعتبر والتعليل وقع للرضا
لا للحضور وقال في مختصر الاسرار ايضا وكان الكرخي يقول يعتبر الرضا في هذه المسيلة
ايضا يعني في مسيلة المريض اذا قال لوارثه اضمن الدين لغرمايي نضمنه مع غيبة
الغريم قوله ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط يعني على
مذهب ابي يوسف جازت الكفالة عند غيبة المكفول له مطلقة لا موقوفة على
الاجازة لانه لا ضرر فيه على الطالب ان شا طالبه وان شا تركه فيتفرد به الملتزم
لهذا المعنى قوله وهذا وجه هذه الرواية عنده اي عن ابي يوسف اي هذا التعليل
وهو انه تصرف التزام وجه الرواية التي لم يشترط فيها الاجازة بل جازت الكفالة
مطلقة قوله وجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح يعني ان وجه الرواية
التي جازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الاجازة هو الذي مر في
كتاب الفضولي ان شطر العقد يتوقف على ما ورا المجلس عنده والجامع عدم
الضرر وعند ابي حنيفة ومحمد لا يتوقف شطر العقد على ما ورا المجلس كما في البيع
قوله الا في مسيلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من
الدين فتكفل به مع غيبة الغرما هذا تمام مسيلة القدوري استثنا من قوله
ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس يعني تصح كفالة الوارث عن مورثه
المريض للغريم الغايب استحسانا لانه ايصا ولهذا الوما ت لا عن تركة لا يوخذ
الورثة باداية والايصا بقضا الدين يصح كذا في الشامل او نقول ان المريض قايم
مقام الطالب وهو المكفول له لحاجته الى اقامة نفسه مقام الطالب لتفريغ ذمته
عن الدين فصار كان الطالب حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي
فتكفل فذاك يصح فكذا هذا قال في اشارات الاسرار ومن اصحابنا من يقول المريض
بمنزلة الاجنبي الا ترى انه لا ينفذ تبرعه فانزل خطابه منزلة خطاب الاجنبي
فيكون العقد قايما بشطرين فيصح قال في خلاصة الفتاوي ثم هذا من المريض
يصح وان لم يسم الدين ولا صاحب الدين قوله وانما يصح بهذا اللفظ متصل بقوله
لان ذلك وصية يعني ان قول المريض لوارثه تكفل عني ايصا ولهذا لا يصح اذا
لم يكن له مال ولكن الا يصا يصح بلفظ الضمان قال في خلاصة الفتاوي
واختلف مشايخنا فيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه يعني
قيل تصح الكفالة للاجنبي للغريم الغايب وقيل لا تصح وهذا معنى ما قال في المتن
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قوله ولا يشترط القبول لانه

مراد به التحقيق دون المساومة اي دون الطلب هذا جواب سوال بان يقال لو كان
المريض نازلا منزلة الطالب لكان قبوله شرطا كقبول الطالب كما اذا قال لاخر بعني فقال
بعت لا ينعقد البيع ما لم يوجد القبول من المشتري وهو قوله اشتريت فاجاب عنه
وقال المراد منه التحقيق لا المساومة تفريعا لزمته وكان قوله لوارثه تكفل عني فكفل
عنه قايما مقام قوله قبلت كما لنكث كما في النكاح لو قال زوجني نفسك فقالت
زوجت نفسي منك يكون ذلك كالقبول فكانها قالت زوجتك وقال قبلت **قوله**
قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيا فكفل رجل عنه للغرما لم يصح
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصح اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي
رحمه الله كقولهما كذا في شرح الاقطع اعلم ان الكفالة عن الميت المفلس لا تصح عند
ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لهم انه كفل
بدين ثابت ولم يوجد المسقط فصحت وهذا لان وجوب الدين ثبت حقا لصاحب
الدين ولم يوجد ما يوجب السقوط والدليل على انه ثابت ان الانسان لو تبرع
باداية صح والكفالة التزام التبرع فاذا صح التبرع من الاجنبي صحت الكفالة لانها
التزام التبرع وكذلك تصح الكفالة عن الميت اذا بقي عنه مال ولو كان الدين يسقط
بالموت في احكام الدنيا لم تصح الكفالة عنه لان بقا الدين في ذمة الاصيل شرط الكفالة
وكذلك الكفالة في حالة الحياة تبقى بعد موت المكفول عنه فعلم ان الدين ثابت على
الاصيل ولابي حنيفة رضي الله عنه انه كفل بدين ساقط فلا تصح الكفالة لان شرط
الكفالة وجود الدين على الاصيل فاذا سقط عنه سقط عن الكفيل ايضا وانما قلنا
انه كفل بدين ساقط لان محل الدين فات وقيام الدين من غير محل محال وهذا لان
محل الدين هو الادمي بوصف الذمة وقد خربت الذمة بالموت لان الميت التحق
بالجماد في حق احكام الدنيا فانعدم اثر الوجوب في حق الميت في احكام الدنيا والكفالة
من احكام الدنيا فلا تصح فاذا انعدم الوجوب في حق الاصيل لم تصح الكفالة لانها بنا
على الوجوب في جانب من عليه بخلاف التبرع عن الميت في ادا دينه فانه يصح لان
التبرع لا يبتني على قيام الدين فانه يصح وان لم يوجد الدين والكفالة لا تتحقق الا بعد
قيام الدين وقد فات الدين لفوات محله وبخلاف الكفالة عن الميت المليء فانه
يصح لان محل الاستيفا موجود وهو المال فامكن القول ببقا الدين لبقا اثره وهو
الاستيفا فصحت الكفالة وبخلاف ما اذا كانت الكفالة في حال الحياة حيث يبقى
الدين ولا يبطل الكفالة لان الحق ثبت في ذمة الكفيل حين كان الاصيل مطالبا
فبقي كما كان ولم يسقط بالموت لان الكفيل خلف الميت في قضا الدين فصار قيامه كقيام
الميت وكان الميت لم تخرب ذمته **قوله** لان الدين هو الفعل حقيقة هذا دليل لسقوط
الدين يعني ان الدين انما سقط لان الدين عبارة عن الفعل وهو فعل تمليك المال والفعل
انما يجب على القادر عليه والميت عاجز عن الفعل لانه يوصف بالوجوب والوجوب
من خصايص الافعال لا من خصايص الاموال الا ترى انه يقال وجب الدين
ويقال الدين واجب وانما قلنا ان الوجوب من خصايص الافعال لان الفعل
المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالايمان والصلاة والصوم وغير ذلك مما

هو واجب

هو واجب والمال المجرد لا يوصف بالوجوب اعني لا يصح وصفه بذلك لا يقال هذا الجدار واجب
او هذا الحمار واجب فاذا كان كذلك علم ان الوجوب من خصايص الافعال ووصف
المال بالوجوب مجاز في قولهم وجب على فلان الف درهم من ثمن مبيع او ضمان استهلاك
ونحو ذلك ومجوز المجاز كون المال محل الواجب كالموهوب يسمى هبة ولهذا صح نفي
الوجوب عن المال بان يقال هذا المال ليس بواجب بل اداوه واجب وصحة النفي
امارة المجاز ولكن الشرع جعل الدين مالا او اعطاه حكم المال في انعقاده نصابا للزكوة
وجريان الارث وجواز الشرا به والهبة ممن عليه لكونه وسيلة الى المال وللشرع
هذه الولاية **قوله** واذا كان به كفيل او له مال يخلفه او الافضا الى الادا باق هكذا
السماع مرارا وقد كان نسخة الشيخ الامام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا ايضا وهو جواب
عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل يعني اذا كانت الكفالة في حالة الحياة تبقى بعد موت
الاصيل وكذلك تصح الكفالة عن الميت اذا مات مليا لان خلف الميت باق وهو الكفيل
او الافضا الى الادا باق عن تركه فلم يسقط الدين لوجود القدرة على الادا بالكفيل او المال
بخلاف ما اذا لم يكن الكفيل في حال الحياة او لم يبق عنه مال حيث لا تصح الكفالة للعجز عن ادا
المال وفي بعض النسخ اذ الافضا الى الادا باق بسبيل التعليل على خلفية الكفيل او
او المال يعني ان الدليل على خلفية الكفيل والمال هو الافضا الى ادا الدين بكل واحد
من الكفيل والمال لان الخلف ما يقوم مقام الاصل وكل واحد منهما يقوم مقام الاصيل في قضا
الدين فيثبت الخلفية **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل
ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها الضمير المستتر في قوله فقضاه راجع
الى رجل وهو المكفول عنه والبارز راجع الى من وهو الكفيل والمستتر في يعطيه راجع
الى من وهو الكفيل والبارز الى الالف وصاحب منصوب على انه مفعول ثان لفعل
الاعطا والضمير في له راجع الى رجل وهو المكفول عنه وفي فيها راجع الى الالف على
تاويل الدراهم وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في رجل كفل عن رجل بالف درهم بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيها صاحبها
الذي له ان ياخذها منه قال لا وان ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وان كانت
الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الاصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له الا
انه احب الي ان يدفعه الى الذي قضاه ويرده عليه ولا اجبره على ذلك في القضاء
وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير اعلم ان رجلا اذا كفل عن رجل بالف درهم بامره فادى الاصيل المال
الى الكفيل قبل ان يوديه الكفيل الى الطالب ثم اراد الاصيل ان يسترد الالف من
الكفيل ليس له ذلك الا ان يقضي الدين بنفسه قبل ادا الكفيل فحينئذ يسترد وذلك
لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير ادا الدين من مال
الكفيل فما لم ينتف هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه لا تصح المطالبة كتعجيل دفع الزكاة
الى الساعي وكدفع الثمن الى البايع في البيع بشرط الخيار قبل سقوط شرط الخيار فان تصرف
الكفيل في الالف وربح فهل يطيب له الربح ام لا قال في الجامع الصغير فهو له ولا يتصدق
به وذلك لانه ملكه حين قبضه فالربح حصل اذن على ملك صحيح وملك الكفيل

المدفوع اليه اذا قضى الكفيل الدين ظاهر اما اذا قضاه الاصيل بنفسه فكذلك يملكه الكفيل
لانه وجب للكفيل على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة بالدين الا انه
اخرت مطالبة الكفيل الاصيل الى وقت اداء الكفيل فنزل ما على الاصيل للكفيل بمنزلة
الدين الموجل والدين الموجل اذا عجله من عليه واعطاه صاحبه ملكه فكذا الكفيل يملكه
بالقبض والدليل على كونه منزلة الدين الموجل ان ابراء الكفيل الاصيل يصح قبل اداء الكفيل
قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما ان يدفع الاصيل اليه على وجه
الرسالة او على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين اما ان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين
كالنقود او مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال وادفع
الى الطالب لا يطيب له الربح سوا كان المدفوع مما لا يتعين او يتعين في قول ابي حنيفة
ومحمد وطاب له عند ابي يوسف وذلك لان الخبث ثبت لعدم الملك لان تصرفه وجد
في غير ملكه فاستوى فيه المالان قال قاضي خان اصل المسئلة ان المودع او الغاصب
اذا تصرف في الوديعة او المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لابي يوسف
وان دفع على وجه الاقتضاء بان قال الاصيل للكفيل اني لا آمن ان ياخذ الطالب حقه
منك فانا اقضيك قبل ان تودي طاب له الربح اذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها
بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب ان للاصيل الرجوع على الكفيل اذا ادى الاصيل بنفسه وبالرجوع
لا يتبين انه لم يملك لانه لا يتعين وان كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال ابو حنيفة في
رواية هذا الكتاب يستحب ان يرده الى الاصيل وقال في كتاب الكفالة من الاصيل
يتصدق به قال فخر الاسلام ويستوي في هذا ان اداه المطلوب الى الطالب بنفسه او
اداه الكفيل وجه قولهما ان الكفيل بعقد الكفالة استوجب على الاصيل دينا موجلا كما بينا
ولهذا صح ابراء الكفيل الاصيل قبل اداء الكفيل حتى اذا ادى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين
الموجل اذا استوفاه يكون استيفاؤه صحيحا فكان الربح حاصلا على ملكه فطاب له ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان ملك الكفيل في المدفوع اليه قاصر وذلك لان الطالب اذا اخذ حقه
من الكفيل يتقرر ملكه واذا اخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصرا فلو لم يكن الملك
اصلا لثبت حقيقة الخبث فاذا كان قاصرا ثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح فاذا
لم يطب له الربح قيل في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه يتصدق به لان سبيل الخبث
التصدق وفي رواية يرده على الاصيل فان رده على الاصيل فان كان الاصيل فقيرا طاب
له وان كان غنيا ففيه روايتان في كتاب الغصب قال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير والاشبه ان يطيب له لانه انما يرد عليه على انه حقه قوله على
ما نذكر اشارة الى قوله بعد خطين اما اذا قضى الدين فظاهر الى اخره قوله بخلاف ما اذا كان الدفع
على وجه الرسالة يعني يرجع الاصيل على الكفيل بالمدفوع اليه لانه امانة عنده قوله فان ربح
الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به الضمير في فيه راجع الى الالف وفي له الى الكفيل
وفي به الى الربح هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء فان قبضه على وجه الرسالة يتصدق
بالفضل في قولهما ويطيب له الفضل في قول ابي يوسف وهذا بمنزلة من غصب
من انسان وربح فيه تصدق بالفضل في قولهما لانه استفاد الربح من اصل خبيث
وفي قول ابي يوسف يطيب له لانه قال الخراج بالضمان قوله قضى الدين اي قضى الكفيل

قوله وجب

قوله وجب له اي للكفيل قوله مثل ما وجب للطالب عليه اي على الكفيل واراد بمثل
ما وجب المطالبة بالدين قوله اخرت المطالبة اي مطالبة الكفيل الاصيل الى وقت الاداء
اي اداء الكفيل قوله فينزل منزلة الدين الموجل اي نزل ما على المكفول عنه للكفيل منزلة الدين
الموجل بدليل ان الكفيل قبل ادائه اذا ابرأ الاصيل صح حتى لم يكن له الرجوع بعد الاداء قوله
الا ان فيه نوع خبث استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به وكذا ذكره جوابا بالسوال بان
يقال في هذا الربح نوع خبث فينبغي ان يتصدق به لان حق المال الخبيث التصدق فاجاب
عنه وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين فلاجل
هذا لم يومر بالتصدق قوله بعينه اشارة الى قوله في وجه قول ابي حنيفة وله انه تمكن
الخبث مع الملك الى اخره قوله وقد قررناه في البيوع اي في اخر باب البيع الفاسد قبيل
فصل فيما يكره قوله وهو رواية عنه اي قول ابي يوسف ومحمد رواية عن ابي حنيفة
ايضا وهو ان الربح للكفيل ولا يرده على الاصيل وهي رواية كتاب البيوع قوله وعنه انه
يتصدق به اي روي عن ابي حنيفة ان الكفيل يتصدق بالربح وهي رواية كتاب الكفالة
قوله على وجه الذي بيناه اشارة الى قوله لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب
للطالب عليه قوله او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل اي لان المكفول عنه رضي
بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار اداء الكفيل الدين قوله ويرده عليه في رواية اي
يرد الكفيل الربح على المكفول عنه في رواية فاذا رده عليه طاب له ان كان فقيرا وان
كان غنيا ففيه روايتان وقد مر قبل هذا قوله وهذا اصح اي القول برد الربح على المكفول
عنه اصح من القول بالتصدق قوله لان الحق له اي للمكفول عنه وهذا دليل قوله
وهذا اصح اي القول بالرد هو الاصح لان الامر بالتصدق لحق المكفول عنه فلما رد اليه
يصل كل ذي حق حقه الى حقه فلا حاجة الى التصدق قوله ومن كفل عن رجل بالف
بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه
البائع فهو عليه وهذه من الخواص والضمير المجرور في ان يتعين عليه راجع الى الاصيل
وفي فهو عليه راجع الى الكفيل اي على الكفيل اعلم ان الاصيل اذا امر الكفيل ان يتعين
عليه حريرا اي امره ان يشتري حريرا بطريق العينة فالشراء للكفيل والربح عليه ايضا
والعينة مكروهة لقوله عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم
وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الزراعة واختلفوا في تفسير العينة
قال بعضهم تفسيرها ان ياتي الرجل رجلا فيستقرض منه فلا يرغب المقرض في
الاقراض طمعا في الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول لا يتيسر لي القرض ولكن
ابيعك هذا الثوب ان شئت باثني عشر درهما وقيمته في السوق عشرة لتبيعه
انت في السوق بعشرة ففعل كذلك فيحصل للمستقرض عشرة دراهم ولرب الثوب
ربح درهمين بطريق البيع وسمي عينة لانه اعراض عن الدين الى بيع العين وقال بعضهم
تفسير العينة ان يبيع رب الثوب باثني عشر درهما فيبيع المشتري من غيره بعشرة
دراهم ثم ان البائع الاول يشتريه بعشرة دراهم فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان
بعشرة دراهم فيكون مكروها لانه حصل غرضه في الربوا بطريق المواضعة وفر
عن القرض المندوب وحكي عن محمد بن سلمة البلخي رحمه الله انه كان يقول للتجار ان

العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم هذه اي انبت هذا نقول اذا قال المكفول عنه للكفيل
تعين علي حريرا لم يكن ذلك توكيلا لانه اتي بكلمة الضمان وهي علي ولو تعين لي علي انه لا يتم
الوكالة بهذا القدر ايضا لانه لما لم يسم مقدار الحرير ولا مقدار الثمن كانت الوكالة فاسدة
كرجل امر رجلا ان يشتري له حنطة ولم يبين مقدار الحنطة ولا مقدار الثمن وقد اورد
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال فان قيل قصدا المطلوب
بهذا الشرا قضا الدين والدين الف درهم فلم لا يجعل كانه بين مقداره من طريق الدلالة
وهو الف درهم قيل له لانه امره بان يتعين عليه ولم يبين انه امره بذلك لاجل قضا
الدين او غيره وجواب اخر انه وان بين ذلك فانه يحتاج الى ان يشتري بنسية
باكثر من الالف حتى يمكنه ان يبيعه بالف فصار كانه قال اشتر حريرا باكثر من الف
درهم وان قال هكذا لم يجز ايضا لانه لم يبين المقدار الذي يزاد علي الالف قالوا ومعنى
كلمة الضمان انه امره ان يشتري ثوبا باثني عشر ليبيعه في السوق بعشرة فيقضي منه
الدين علي انه ان اصابه فيه خسران فالخسران عليه والضمان بالخسران باطل لان
الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران ليس بمضمون علي احد فبطل الضمان كمن قال
لغيره بايع في السوق علي ان كل خسران يصيبك فانا ضامن بذلك او كفل لرجل
بعبده ان ابق فاذا لم يصح الوكالة والضمان كان الشرا للكفيل والربح الذي ربحه
البايع علي الكفيل ولا تفاوت بين القولين وكل ذلك من العينة **قوله** مطاوعة
لمذموم البخل قال في باب فضل الصدقة من كتاب تنبيه الغافلين روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة
قريب من النار والسخي قريب من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد
من النار **قوله** وهو فاسد اي الضمان بالخسران فاسد لان الخسران ليس بمضمون علي
احد **قوله** الزيادة عليه اي علي الكفيل يعني بها الزيادة على قدر الدين ومعنى قوله
وكيف ما كان اي سوا كان **قوله** تعين علي كفالة او وكالة فاسدة **قوله** ومن كفل
عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة
علي الكفيل ان له علي المكفول عنه الف درهم لم تقبل وصورة المسيلة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل تكفل للرجل بما ذاب له عليه من حق او
بما قضى له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجا المدعي بالكفيل فاقام عليه البينة
ان له علي المكفول عنه الف درهم قال لا يسمع منه بينة علي الكفيل حتى يحضر المكفول
به الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به
في المستقبل فما لم يقض به لا يجب شي علي الكفيل لان شرط وجوب المال علي
الكفيل القضا علي الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضي له
عليه اما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مستعار
من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ وان كان ماضيا يراد به المستقبل
كقولهم اطال الله بقاك وادام عزك فلما كان كذلك قلنا ان الكفيل كفل بما يجب
علي الغايب بعد عقد الكفالة لا قبله ودعوى المدعي علي الكفيل مطلقة عن ذلك
حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل ان كان واجبا قبل الكفالة

وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو اقام البينة انه وجب
له علي الغايب الف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته كذا قالوا في شروح الجامع
الصغير وباقي الكلام مر عند قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط **قوله** ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به علي الكفيل وعلي المكفول
عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى علي الكفيل خاصة وصورة المسيلة في الجامع
الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بامر المكفول عنه فغاب
المكفول عنه فجا الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له علي فلان كذا وكذا وان هذا
كفل له بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلي المكفول عنه
الغايب فان كانت الكفالة بغير امر الغايب قضيت بالمال علي الكفيل ولم يكن
الكفيل خصما عن الغايب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسيلة
اختلاف لانه لم يرد علي ابي حنيفة خلاف هذا وقال شمس الايمة السرخسي وانما خص
قولهما بالذكر لانه لم يحفظه عن ابي حنيفة نصا وانما قبلت البينة هنا ولم تقبل في المسيلة
المتقدمة لان ثم المكفول به مال مقيد وهو ما يجب علي الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى
المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل وهنا المكفول به
مال مطلق لانه قال وان هذا كفيل عنه بامره ودعوى المدعي المال مطلقة ايضا فصحت
الدعوى فقبلت البينة لانها بنا على صحة الدعوى وفايدة القضا علي الكفيل وعلي المكفول
عنه انه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى اقامة البينة عليه لانه لما ثبت الكفالة على الحاضر
بامر الغايب وقضى القاضي بذلك ثبت امر الغايب بالكفالة عنه وثبت اقراره
بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغايب بخلاف ما اذا اقام البينة علي انه كفل
بغير امر الغايب ثبت الدين علي الكفيل خاصة ولا يثبت علي الغايب شي لانه لما
لم تثبت الامر من الغايب لم يتعد القضا اليه كذا قال الامام الزاهد العتابي وقال
فخر الدين قاضي خان الفرق بين الكفالة بامر المكفول عنه وبين الكفالة بغير امره ان الكفالة
بامره معاوضة في الثاني والكفالة بغير امره تبرع محض فكان بينهما مغايرة فاذا ادعى
الكفالة بامره لا يمكن القضا بالكفالة الا بهذه الصفة ومن ضرورة القضا بامر القضا
على الغايب لان امره اقرار بالمال فاما اذا ادعى الكفالة بغير امره لم يكن من ضرورة
القضا بها القضا علي الغايب ولان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا ذلك
كان الجواب ما ذكرنا ثم في صورة الكفالة بالامر اذا ادى الكفيل يرجع بما ادى علي
الاصيل عندنا وقال زفر لا يرجع لان الكفيل لما انكر الكفالة صار ذلك منه اقرارا
بان الاصيل لم يامره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مواخذ بزعمه فلا رجوع اذن
قلنا لما قضى القاضي بالكفالة بامره بالبينة صار الكفيل مكذبا شرعا فيما زعم فبطل
زعمه فثبت له الرجوع كمن اشترى شيا من انسان واقر ان البايع باع ملك نفسه
ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن علي البايع لانه بطل زعمه **قوله**
وانما تقبل اي اقامة البينة حتى يقضى بالمال علي الكفيل **قوله** بخلاف ما تقدم اي بخلاف
المسيلة المتقدمة حيث لا تقبل بينة المدعي علي الكفيل **قوله** لانهما تتغايران الى لان

الكفالة بامره والكفالة بغير امره يتغايران لان الاولي تبرع ابتدا معاوضة انتهاً والثانية
تبرع محض ابتدا وانتها **قوله** ثبت امره اي امر المكفول عنه **قوله** وهو يتضمن الاقرار
بالمال اي الامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال لانه لا يامر الكفيل ان يودي عنه الا اذا
كان مقرا بالمال **قوله** جانبه اي جانب المكفول عنه **قوله** لانه تعتمد صحتها قيام الدين
في زعم الكفيل والضمير في لانه ضمير الشان والقصة اي لان الشان تعتمد صحة الكفالة
وجود الدين في اعتقاد الكفيل وهو حاصل فصحت ولكن لا يتعدي العقد بالكفالة الي
المكفول عنه لانه لما لم يكن بامره لم تمس جانبه قال في الجمهرة الزعم والزعم لغتان
فصيحتان قال عنترة زعموا لعمرو ابيك ليس بمزعم واكثر ما يقع الزعم علي الباطل
وكذلك هو التنزيل زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القران
وفي فصيح الشعر قال الشاعر زعمت سخينة ان ستغلب ربها وليغلبن مغالب الغلاب
قوله اليه اي الي المكفول عنه **قوله** ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
وصورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار
ويكفل رجل للمشتري بما ادركه من درك ثم جا الكفيل يدعيها قال كفالته تسليم
للبيع فان شهد علي البيع وختم لم يكن شهادته وختمه تسليما للبيع الي هنا لفظ محمد في
اصل الجامع الصغير وهذا كله من الخواص اعلم ان ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن
عند استحقاق المبيع فاذا كفل رجل للمشتري بدرك المبيع كان عقد الكفالة تسليما للمبيع حتي
اذا كفل الكفيل بالدرك وادعي المبيع لا تسمع دعواه لانه لو صح دعواه واخذ المبيع كان للمشتري
ان يرجع عليه بحكم الضمان فلا يفيد ولانه لو كانت الكفالة مشروطة في البيع بان باع بشرط
الكفالة كان تمام البيع متعلقا بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد فلو صح دعواه
بعد ذلك يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته فلا يجوز ذلك ولهذا بطل شفعته لو كان
شفيعا وهذا الوجه يوجب ان لا يكون تسليما اذا لم يكن ضمان الدرك مشروطا في البيع والوجه
الثاني ان المراد من هذا الضمان ترغيب المشتري في البيع لانه ربما لا يرغب في الشراء
اذا لم يضمن بالدرك احد فيكون المراد منه ترغيب وتاكيد للعقد فكانه قال اشتر هذا فان
العقد جايز والمبيع ملك البايع فان لحقك درك فيه فانا ضامن لك فاذا كان كذلك كان
الكفيل مقرا بملك البايع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض وهذا الوجه يوجب التسوية
بينهما اذا كان الضمان مشروطا في البيع او لم يكن مشروطا وجواب الجامع الصغير مطلق
واما اذا شهد وختم فذاك ليس بتسليم حتي يصح دعواه بعد ذلك وتقبل شهادته
لغيره ايضا لانه نفس كتابة الشهادة لا يكون اقرارا منه بان المبيع ملك البايع لانه قد
يبيع ملك غيره كما يبيع ملك نفسه فكانت الشهادة علي البيع صورة لا معني فان بيع
مال الغير بلا اذنه بيع صورة لا معني والشهادة علي البيع صورة لا يدل علي صحته ونفاذه
لان الاقرار بملك البايع لم يوجد بخلاف المسالة المتقدمة فان الضمان بالدرك اقرار
من الكفيل بملك البايع قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير قال مشايخنا
ان ذكر في الشهادة علي البيع ما يوجب صحته ونفاذه بان كتب في الصك باع وهو
يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه يبطل دعواه الا ان يكون كتب الشهادة
علي اقرارهما بذلك كله فحينيذ لا يبطل دعواه بان يكتب في الشهادة باع فلان كذا من

مطلب الزعم والزعم

فلان

فلان وقد اقر البايع انه باع ملك نفسه وذكر ظهير الدين في فوايده تفسير الختم فقال ذكر الشيخ
الامام شمس الايمة الحلواني ان الشاهد كان اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص
مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتي لا يجري فيه التزوير والتبديل وهذا كان في عرف
زمانهم وهذا العرف لم يبق في زماننا **قوله** فهو تسليم اي الضمان بالدرك من الكفيل تسليم
وتصديق بان البايع باع ملك نفسه **قوله** وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم اي ذكر
الشهادة بانه باع وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا تسليم من الشاهد حتي لا يصح دعواه
بعد ذلك **فصل** في الضمان الضمان والكفالة بمعني وانما التغاير في اللفظ فباعتبار
تغاير اللفظ اورد مسايل هذا الفصل في فصل علي حدة لان مسايله مذكورة بلفظ الضمان
ولهذا قال محمد في اصل الجامع الصغير في هذا المقام باب الضمان **قوله** قال ومن
باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع فالضمان باطل وصورة
المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يعطي
الرجل ثوبا ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البايع الثمن للامر قال الضمان باطل وكذلك
المضاربة اذا باعها الرجل وضمنها فلا ضمان عليه الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وانما كان الضمان باطلا لوجهين احدهما ان حق قبض الثمن للوكيل والمضارب فلو صح
الضمان كان ضامنا لنفسه عن نفسه وهو محال لان الضمان تحمل المطالبة بالمضمون
والمطالبة حق الوكيل والمضارب قبل المشتري فلو صح الضمان يكون لنفسه وهو باطل
والثاني ان الوكيل امين في حق الموكل في الثمن فلا يصح ضمانه لان الامين لا يكون ضمينا للزوم
منافقة حكم الشرع كالمودع اذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير اذا ضمن العارية للمعير بالشرط وانه
باطل فكذا هذا بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر عن الزوج فانه يصح لان الوكيل في باب النكاح
سفير ومعبر لا يرجع حقوق العقد اليه فلا يلزم من صحة الضمان وقوع الضمان لنفسه ومعني
قوله باع لرجل اي لاجل رجل **قوله** فيرد عليه وهذا كمن سهي في صلاته فسلم بنية الخروج فيرد
ذلك عليه لكونه تغيير حكم الشرع حتي يلزمه ان ياتي بسجدتي السهو ما لم يوجد منه ما يقطع
الصلاة **قوله** وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته
من الثمن اي الضمان باطل وصورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجلين باعا من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من
الثمن قال الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يخلو اما ان يصح في نصف
الثمن مطلقا او في حصة الشريك فلا وجه الي الاول لانه يلزم ان يكون ضامنا لنفسه وهو
باطل لانه ما من جزء من الثمن الا وهو مشترك بينهما الا تري انه لو قبض شيا من الثمن كان
ما حصل مشتركا فيه ولا وجه الي الثاني ايضا لانه يودي الي قسمة الدين قبل القبض وذلك
باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتميز نصيب صاحبه لان القسمة افراز
الانصبا والافراز لا يتحقق الا في العين دون الدين في الذمة فاذا لم يتميز نصيب صاحبه
يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل وان كان البيع صفقتين بان كانا سميا
لكل نصيب ثمنا صح ضمانه لانه لا يلزم ان يكون الضمان لنفسه لان نصيب كل واحد
منهما ممتاز عن الاخر فانقطعت الشركة ولهذا لو اخذ احدهما نصيبه من الثمن لم يكن للاخر
ان يشاركه فيه وكذلك المشتري اذا قبل نصيب احدهما ورد الاخر صح ولو قبل الكل ثم

تقد حصة احدهما ملكه فنقض نصيبه **قوله** وان قبل الكل اي وان قبل المشتري الكل بكلام واحد
قال ومن ضمن عن الاخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز وهذه من خواص الجامع الصغير
اما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه
كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة
عبارة عن تمليك جزء من نصاب مقدر شرعا من غير ان يكون دينا في الذمة ولهذا لا تؤخذ
بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة
بدلا عن شيء آخر كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك والمبدل كان ملكا له فيكون البدل ملكا
له ايضا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شيء اخر فلا تكون دينا فكان
الملك متعلقا بالتمليك وهذا معنى قوله لانها مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل
وهو تمليك المال من غير ان يكون دينا وقد سبق بيان مسألة الخراج قبل هذا الفصل باوراق
عند قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو معنى قوله فقد ذكرناه وقد قيل المراد من الخراج
الذي يصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل
سنة على مال معلوم لا المقاسمة بالربع او الثلث فان خراج المقاسمة ليس بواجب في الذمة فلم يكن
دينا واما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كاجر الحارس وكري نهر
العامة وانه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلين وفداء الاسارى
بان لا يكون في بيت المال شيء فيوظف على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر
نظرا للمسلمين فضمن انسان قسمة صاحبه اي نصيبه من ذلك يجوز واما النوائب التي يوظفها
السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
لا يصح الكفالة بها لان الكفالة شرعت لالتزام ما على الاصيل حكما وليس هاهنا مطالبة حكمية
على الاصيل لانه لا دين عليه فلا يصح الكفالة وقال بعضهم يصح الكفالة بها حتى اذا ادى بعد ما
ضمن بامره رجع عليه لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حسا فكان بمنزلة دين واجب
واليه ذهب فخر الاسلام البزدوي رحمه الله وقال والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت
لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة يكون
ماجورا وان كان اصله من جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من ضمن نائبة غيره باذنه
يرجع عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع الى هنا لفظ فخر الاسلام لكن هذا
اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر لا يعتبر امره في الرجوع هكذا ذكر شمس
الائمة السرخسي رحمه الله واما القسمة فقد قال الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر
عن ابي بكر بن ابي سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لانه لا معنى له يعني ان القسمة مصدر
والمصدر وهو الفعل غير مضمون وكان الفقيه ابو جعفر يقول معناه اذا طلب احد الشريكين
القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك فان القسمة واجبة عليه فاذا ضمن انسان
ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئا مضمونا وهو يقدر على ايفائه كذا ذكره الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال بعضهم منهم فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان يكون المراد
بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كاجرة الحارس ونحوها والمراد بالنوائب المذكورة
اولا ما ينوبه بما هو غير متعارف ولا موظف الا انه يحتمل الوقوع **قوله** الامام البزدوي
اراد به فخر الاسلام علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي لا اخاه صدر الاسلام محمد بن محمد

بن الحسين

بن الحسين بن عبد الكريم النسفي لان صدر الاسلام مال الى عدم الصحة وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ
الامام ابي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي **قوله** فقد قيل هي النوائب بعينها او
حصته منها اي من النوائب والرواية على تقدير ارادة الحصة تكون بكلمة او يعني اذا قسم
الامام ما ينوب العامة بحق نحوه نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا منهم شيء فيجب
عليه اداؤه فتكفل به رجل صح ذلك **قوله** وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة اراد بها المقاطعات
الديوانية في كل شهر او ثلثة اشهر هكذا ذكر في بعض الشروح وفسرها في شروح الجامع
الصغير باجرة الحارس ونحوها وقد مر قبل هذا **قوله** والمراد بالنوائب اي بالنوائب المذكورة
اولا **قوله** والحكم ما بيناه يعني ان الكفالة بالنوائب جائزة **قوله** ومن قال لاخر لك علي مائة
درهم الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لرجل لك علي مائة درهم
الى شهر وقال الاخر بل هي حالة قال القول قول الذي زعم انها حالة وقال عن ابي حنيفة
في رجل قال لرجل قد ضمنت لك عن فلان مائة درهم الى شهر فقال المضمون له ولكنها
حالة قال القول قول الضامن قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الامام الشافعي
رحمه الله القول قول المقر في الفصلين وروى ابراهيم بن رستم عن ابي يوسف انه قال لا يصدق
الضامن ويجب المال حالا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير فعلى هذا يكون
الرواية الصحيحة في الهداية والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه
الحق الثاني بالاول اي الحق الشافعي الاقرار بالدين بالاقرار بالكفالة حيث صدق المقر بالدين
الموجل كما صدق المقر بالكفالة الموجلة وابو يوسف الحق الاقرار بالكفالة الموجلة بالاقرار بالدين
الموجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعا وفي بعض النسخ والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف
فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني وذلك ليس بصحيح وجه قول الشافعي ان الدين قد يكون حالا
وقد يكون موجلا فصح اقراره لانه اقر باحد نوعي الدين كما في الكفالة ووجه قول ابي يوسف انهما
تصادقا في وجوب المال واختلفا في الاجل فيثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا
فيه وجه الظاهر ما قال اصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الديون الواجبة لا بعقد
الكفالة كالعروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا اذا اطلقت يكون
حالا فاذا انكر الاجل فقد انكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه
احد العاقدين لا يثبت بقوله لانه عارض واما الاجل في الكفالة فقد يثبت من غير شرط بان قال
كفلت بما لك على فلان وعلى الاصيل دين موجل يكون موجلا على الكفيل من غير شرط فلم
يكن الاجل في الكفالة امرا عارضا بل الكفالة الموجلة احد نوعي الكفالة والاقرار باحد النوعين
لا يكون اقرارا بالنوع الاخر **قوله** فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين **قوله** كما في الخيار
اي في خيار الشرط اي القول قول من ينكره لانه عارض **قوله** فنوع اي فنوع من الكفالة يعني
ان الكفالة الموجلة احد نوعي الكفالة **قوله** والفرق قد اوضحناه اشار به الى قوله ووجه الفرق
ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه الى اخره **قوله** ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري من الرجل جارية فتكفل
له رجل بما ادركه من درك فاستحقت الجارية قال ليس للمشتري ان ياخذ من الكفيل

الثمن حتى يقضى له على البايع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي
له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضى على البايع لان الضمان قد توجه على البايع ووجب للمشتري
مطالبته فكذلك يجب على الكفيل ووجه الظاهر ان بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع ما لم يقض
القاضي على البايع بالثمن لان في ابقا البيع فايدة لانه يصح البيع اذا اجازه المستحق فاذا قضى القاضي بالثمن
على البايع انفسخ البيع لسقوط احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن فوجب المطالبة على الكفيل ايضا لان
الكفالة تحمل الضمان عن غيره فما لم يقض على الاصيل لا يجب التحمل على الكفيل بخلاف القضا بالحرية
حيث ينفسخ البيع بمجرد القضا بها لعدم محلية البيع فيرجع المشتري على البايع وعلى كفيله ان شا
وتفسير ضمان الدرك مر قبل هذا الفصل عند قوله ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك قوله
لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البايع اي لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى للمشتري على البايع
برد الثمن قوله على ظاهر الرواية احتراز عن رواية الامالي وقد مرت قبل هذا قوله فيرجع على
البايع والكفيل اي يرجع المشتري قوله وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل اراد
بترتيب الاصل ترتيب محمد رحمه الله لان محمدا رحمه الله افتتح كتاب الزيادات بباب
الماذون لان ابا يوسف كان يملي وكان بن محمد يكتب تلك الامالي وكان محمد يجعل تلك
الابواب اصلا ويزيد عليها من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل هذا الكتاب من
تصنيف ابي يوسف وزيادته من تصنيف محمد فلذلك سماه كتاب الزيادات ولذلك
اختلفت ابوابه وكم تتفق ترتيبها ووقع مخالفا لساير الكتب لانه تبرك باملا ابي يوسف
وقد رتبه بعض مشايخنا كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات وقال
الاستروشني في فصوله ذكر في الزيادات الاستحقاق نوعان استحقاق مبطل للملك كالعتق
ونحوه كدعوى النسب ودعوى المراة الحرمة الغليظة وكدعوى الوقف في الارض المشتراة
وانها كانت مسجدا واستحقاق ناقل للملك كالاستحقاق بالملك فالناقل لا يوجب فسخ العقد
في ظاهر الرواية والمبطل يوجب على الروايات كلها ثم انهما يتفقان من وجه ويختلفان
من وجه اخر فوجه الاتفاق انهما يجعلان المستحق عليه ومن يملك ذلك الشي من
جهته مستحقا عليهم حتى ان واحدا منهم لو ادعى واقام البينة على المستحق بالملك المطلق
لا تقبل بينته ووجه الاختلاف ان الاستحقاق الناقل اذا ورد فان كل واحد من الباعة
لا يرجع على بايعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه وفي
الاستحقاق المبطل يثبت لكل واحد منهم الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه ويرجع
على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه والباقي يعلم في الفصول وذكر فيه ايضا عن دعوى
المنتقى المستحق اذا اقام البينة على المشتري ان العين له ولم يوقت وقتا وقضي له رجع
المشتري على البايع بالثمن وان اقام المدعي بينة ان العين له منذ شهر وقد اشتراه المشتري
قبل ذلك يقضى للمدعي ولا يرجع المشتري على البايع بالثمن وذكر في الفصول ايضا اقوالا
في انفساخ العقد قال قال بعضهم اذا قبض المستحق ينفسخ وقال بعضهم ينفسخ بنفس القضا
ثم قال والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بايعه بالثمن فاذا رجع ينفسخ حتى لو اجاز
المستحق بعد قضا القاضي وبعد قبضه قبل ان يرجع المشتري على بايعه بالثمن يصح ثم
قال فيه قال شمس الايمة الحلواني والصحيح من مذهب اصحابنا ان القضا للمستحق
لا يكون فسخا للبياعات كلها ما لم يرجع كل واحد على بايعه بالقضا قوله ومن اشترى عبدا

فضمن له

فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يشتري العبد فيضمن رجل العهدة قال ضمان العهدة باطل وهذه من خواص الجامع الصغير
وانما صار الضمان باطلا لان العهدة لفظ مشتبه المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان
لان العهدة عند بعضهم اسم للعقد اخذت من العهد والعهد والعقد سوا ويحتمل اسما للصك لانه
وثيقة بمنزلة كتاب العهد تسمى عهدة وضمان الصك باطل لانه لا يلزم الضامن تسليمه
الى المشتري ويحتمل حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تنطلق على خيار الشرط كما جا في الحديث
عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط ويجوز ان يسمى الدرك عهدة ايضا فاذا كان كذلك بطل
العمل به قبل البيان فاما الدرك فقد صار مستعملا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به
كذا قال فخر الاسلام وقال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشرا وهو للمشتري
فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان انما تتعلق بما كان مضمونا على الغير
فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشرا ليس بمضمون على احد فيضمنه الكفيل واما ابو يوسف
ومحمد فقالا لان حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه
الشرا ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا الى هنا لفظ ابي بكر الرازي في شرحه وقال في اول كتاب
الكفالة من الاجناس وفي البيوع املا ابي يوسف رواية بن سماعة قال ابو يوسف ضمان
العهدة كضمان الدرك وهو جايز ويضمن الثمن ثم اعلم ان هاهنا ثلثة الفاظ ضمان الدرك وهو جايز
بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص وهو باطل عند
ابي حنيفة معناه لو استحق المبيع تخليصه شراوه وتسليمه الى المشتري وجه قوله انه ليس بقادر
على ايفا ما ضمن ووجه قولهما انه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او
تسليم الثمن ان عجز عن تسليم المبيع وانه صحيح كذا قال العتابي وفي قول صاحب الهداية
او قيمته نظر قال في الجمهرة العهدة كتاب يكتب بين قوم يتعهدا ويحلف وقال في
تهذيب الديوان يقال عهدته على فلان اي ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه ويقال
ان في فيه عهدة لا اي نظرا اصلح به ما فيه من خلل وقال في المجمل العهدة وثيقة المتبايعين
والله اعلم باب كفالة الرجلين شرع في كفالة الرجلين بعد كفالة الواحد لان الاثنين بعد
الواحد في الوجود فاخر ذكرها وضعا للتناسب قوله واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة وهذا لفظ القدوري الا قوله
كما اذا اشتريا عبدا الى قوله عن صاحبه فانه ليس من لفظ القدوري وانما اورده صاحب الهداية
نظيرا لكون الدين على اثنين وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجلين اشتريا من رجل عبدا بالف درهم على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فادى
احدهما شيا قال لا يرجع على صاحبه بشي حتى يودي اكثر من النصف فاذا ادى اكثر من النصف
رجع على صاحبه بالذي ادى زيادة على النصف وذلك لوجهين احدهما ان النصف
المودى يحتمل ان يكون واقعا عن نفس المودي ويحتمل ان يكون واقعا عن صاحبه
بطريق الكفالة لان المال وجب على كل واحد منهما نصفه بطريق الاصالة ونصفه
بطريق الكفالة فجعله واقعا عن نفسه بطريق الاصالة اولى لانه اداء حقيقة الدين
وما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة والاصل فوق التبع فاذا

زاد المودي علي النصف فحينيذ يرجع علي صاحبه بالزيادة لانه لم يبق معاوضة الاصيل والثاني
انه لا فايدة في الرجوع لانه لو رجع علي شريكه لجاز لشريكه ان يرجع عليه فيودي الي الدور
والمناقضة وهذا لان صاحبه يقول ان اداك بحكم الكفالة عني بامري كادائي بنفسي فان رجعت
علي بحكم الكفالة فانا ارجع عليك ايضا بما اودي لاني كفيل عنك ايضا فلا بد من المناقضة
فبطل الرجوع في النصف فوقع ادا النصف عن المودي بخلاف ما اذا زاد المودي علي النصف
اذ ليس في الفضل معارضة ولا مناقضة فوقع عن صاحبه فيفيد الرجوع قوله لان اداء نايبه
كادايه اي ادا الكفيل عنه بسبيل النيابة كادايه بنفسه فلو ادي هو بنفسه حقيقة كان يرجع
عليه فكذا اذا ادي تقديرا باداء نايبه فيودي الي الدور فلا يرجع مالم يزد علي النصف قوله
ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو ما عليه بحق الكفالة تابع لما عليه بحق الاصالة لان المطالبة
مبنية علي الدين قوله واذا كفل رجلان عن رجل بمال علي ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شي اداه احدهما رجع علي شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين كفلا لرجل عن رجل بالف درهم علي ان
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه قال كل شي اداه احد الكفيلين فله ان يرجع بنصفه علي الكفيل
معه وان شا رجع به كله علي المكفول عنه الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع
الصغير يريد ان كل واحد من الكفيلين كفيل عن الاصيل بجميع الالف وعن صاحبه ايضا
بالجميع وانما يرجع احد الكفيلين علي صاحبه بما ادي قليلا كان او كثيرا لانهما استويا في العلة
وهي ضمان الكفالة والاستوا في العلة يوجب الاستوا في الحكم وهو الغرم هنا فلما ثبت الاستوا
بينهما وقع ما ادي احدهما شايعا عنهما فيرجع المودي بنصف ما ادي علي صاحبه ليستويا
في الحكم وهذا لان كل واحد منهما كفيل عن الاصيل وعن صاحبه والكل كفالة ولا ترجيح للبعض
علي البعض لانه ليس احدهما فوق البعض فلما ثبتت المساواة لا يلزم رجوع غير المودي علي
علي المودي فلا يلزم الدور بخلاف ما تقدم حيث لا يرجع علي صاحبه مالم يزد علي النصف
لان ادا النصف كان بحق الاصالة والنصف الاخر بحق الكفالة فوجب الترجيح للاول
لقوته بعد حصول صورة المعاوضة فاذا ثبت الرجوع علي صاحبه بما ادي قليلا كان
او كثيرا يرجع الكفيلان جميعا بالمودي علي الاصيل لانهما اديا ما علي الاصيل بامره احدهما
بنفسه والكفيل الاخر بنايبه وهو صاحبه الذي كفل عنه وان شا الكفيل المودي رجع بجميع
ما ادي علي الاصيل لانه ادي ما عليه بامره قالوا في شروح الجامع الصغير ولو ابرا رب
الدين احد الكفيلين اخذ الكفيل الاخر بجميع الدين وذلك لان ابرا الكفيل لا يوجب براة الاصيل
فالدين بحاله علي الاصيل والكفيل الاخر كفيل بجميع الدين فيطالب بذلك قوله والمطالبة
متعددة لان كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الاصيل ومطالب بالكل ايضا
من جهة الكفيل قوله وكما يصح الحوالة عن المحتال عليه اي يصح حوالة المحتال عليه بما احيل
عليه علي الاخر قوله لان قضيته الاستوا اي لان حكم عقد الكفالة في هذه المسالة الاستوا
للاستوا في العلة وهو ضمان الكفالة وذلك لان الكل كفالة فلا يترجح البعض علي البعض قوله
وان شا رجع بالجميع علي المكفول عنه عطف علي قوله رجع علي شريكه بنصفه قليلا كان او
كثيرا قوله علي ما بينا اشارة الي قوله وبالكل عن الشريك قوله ياخذه به اي ياخذ رب
المال الكفيل الذي لم يبريه بجميع الدين قوله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون

ان ياخذوا

ان ياخذوا ايهما شاوا بجميع الدين وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في متفاوضين تفرقا وعليهما دين قال لاصحاب الدين ان ياخذوا ايهما شاوا
بجميع الدين فان ادي احدهما شيا لم يرجع علي شريكه بشي حتى يزيد المودي علي النصف فيرجع
بالفضل الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص واصله ان المفاوضة شركة عامة
في كل مال وهي صحيحة عندنا تنبني علي ثلثة اشيا التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان
من اعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستوا في جنس راس المال ابتدا وانتها
فاذا كان انعقادها علي الكفالة كان للغرما ان يطلبوا بجميع الدين ايهما شاوا لان الكفالة
ثبتت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين
منه ليس له ان يرجع علي صاحبه حتى يزيد المودي علي النصف لما بينا من الوجهين في
مسيلة اول الباب قوله فاذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فكل شي اداه احدهما رجع علي صاحبه بنصفه وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكاتب عبدين مكاتبة
واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه قال وكل شي اداه احدهما فله ان يرجع بنصفه
علي صاحبه فان لم يود واحد منهما شيا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق وللمولى ان ياخذ
بحصة الذي لم يعتق ايهما شا فان اخذ الذي اعتق رجع علي صاحبه وان اخذ الاخر لم يرجع
علي المعتق بشي الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير هذا العقد باطل قياسا
لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل لان الكفالة تبرع والمكاتب
لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بدين صحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا يصح الكفالة به
جاز استحسانا لانه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل البدل علي احدهما والاخر تبعا له في العتق
بان يكون كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل كالولد المولود في الكتابة
حيث يكون مكاتبا تبعا لامه فلما احتمل هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كان المال عليه
وكان مواخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا ادي احدهما شيا يقع عن جميع البدل فيقع عن صاحبه
نصف ذلك لاستوايهما في العلة وهي ان كل البدل مضمون علي احدهما بعقد الكتابة ولهذا لا
يعتق واحد منهما مالم يود جميع البدل فان اعتق المولى احدهما صح لانه ملكه فسقط نصف بدل
الكتابة لان البدل في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل علي كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق احدهما استغني عن بدل رقبته ثم للمولى ان ياخذ ايهما
شا بالنصف الباقي المعتق بحكم الكفالة والاخر بحكم الاصالة فان اخذه من المعتق رجع علي
صاحبه لانه ادي عنه بحكم الامر وان اخذه من غير المعتق لم يرجع علي صاحبه لانه ادي
دين نفسه بحكم الاصالة هذا حاصل ما قالوا ولنا فيه نظر لان مطالبة المولى المعتق بالنصف
الباقي بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكتابة لا يجوز وانما جوزنا الكفالة احتيالا لتصحيح الضمان
بان يجعل كل البدل علي كل واحد منهما بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا سقط النصف بالعتق
سقط مطالبته بالاصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة فينبغي ان لا يطالب المعتق
اصلا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ونحو هذه المسايل علي ثلاثة اوجه
في وجه يكون الادا عن نفسه مالم يزد علي النصف وفي وجه يكون عنهما جميعا وفي
وجه يكون عن الذي ادي الا ان يقول اديت عن صاحبي فاما الوجه الذي يكون الادا

عن نفسه مالم يزد علي علي النصف فهو ما ذكرنا اذا كان الدين علي رجلين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه واما الوجه الذي يكون الادا عنهما جميعا فالمكاتبان اذا كانت كتابتهما
واحدة والكفيلان اذا كان الدين علي غيرهما وهما كفيلان وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فايهما ادي شيا فله ان يرجع بنصفه علي صاحبه لانهما في الكفالة سوا فوجب ان يكون
الضمان عليهما واما الوجه الذي يكون الادا عن نفسه مالم تزد علي دينه عن صاحبه
فهو الدين علي رجلين واحدهما كفيل عن صاحبه وصاحبه لا يكون كفيلا عنه فاذا ادي
الكفيل يكون الادا عن نفسه الا ان يقول اديت عن صاحبي لان الحق عليه والبيان اليه
وبيانه لا يودي الي التناقض ولا الي تغير الشرط والاصل ان من كانت عليه ديون
فانه يودي بقدر ما عليه فان ادي شيا فهو عن قدر ما عليه الا ما يودي الي التناقض
او الي تغير الشرط فاما الذي يودي الي التناقض فهو الدين علي رجلين وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه واما الذي يودي الي تغير الشرط فهو المكاتبان وكتابتهما واحدة
فادي احدهما شيا يكون عنهما جميعا ولا يجوز ان يجعل عن احدهما لانه لو جاز يودي
ذلك الي تغير الشرط لانه يعتق اذا كان الادا عنه خاصة بان قال كاتبتكما علي الف الي
سنة وانما قيد بالكتابة الواحدة لان المولي اذا كاتب كل واحد منهما علي حدة وكفل
احدهما عن الاخر لا يصح ذلك قياسا واستحسانا والله اعلم **باب** كفالة العبد وعنه
اي كفالة العبد عن الاخر وكفالة الاخر عن العبد وانما اخر هذا الباب لان الاحرار مقدمة
علي العبيد لشرف الولايات فيهم دون العبيد قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا
يقدر علي شي ولان الاصل في بني ادم هو الحرية والرق عارض فلما كان كذلك وجب
ان يقدم ما يتعلق بالاحرار علي ما يتعلق بالعبيد **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه
حتى يعتق ولم يسم حالا ولا موجلا فهو حال وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق
فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال قال يوخذ به حالا قال فخر الاسلام اراد به اقراره
بالاستهلاك لانه قد يطلق عليه فاما اذا استهلكه عيانا فانه يوخذ به في الحال الا في
المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك لو اقرضه
انسان او باعه او وطي بشبهة بغير اذن المولي لم يواخذ به حتى يعتق ايضا فهذا كله
نوع واحد في الحكم وجوابه ان الكفيل يوخذ به حالا وقال فخر الدين قاضيخان في شرح
الجامع الصغير صورة المسيلة اذا اقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولي وكان محجورا واودعه
انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يواخذ به حتى يعتق في قول ابي حنيفة ومحمد ولو اقرضه
انسان او باعه وهو محجور او وطي امراة بشبهة بغير اذن المولي فانه لا يواخذ بالمهر حتى
يعتق فان كفل انسان به ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال انما صحت الكفالة لان المال مضمون
علي الاصيل وانما لم يطالب الاصيل في الحال لعسرته لان العبد وما في يده لمولاه ولم
يظهر ما وجب علي العبد لصحة سببه في حق المولي لان المولي لم يرض به والكفيل
ليس بمعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل
فصار بمنزلة الكفالة عن غايب حيث يصح ويوخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب
عن مطالبة الاصيل وبمنزلة الكفالة عن مفلس تفليس القاضي حيث يصح الكفالة ويوخذ

به الكفيل

به الكفيل حالا لعدم عسار الكفيل بخلاف ما اذا كفل بدين موجل فان الكفيل لا يطالب قبل حلول
الاجل لان الدين ثمة اخر عن الاصيل بموخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك موجلا وما
نحن فيه ليس كذلك لان الدين علي الاصيل وهو العبد حال ليس بموجل ولكنه لم يطالب في الحال
قبل العتق لحق المولي ثم اذا ادي الكفيل عن العبد لا يطالب قبل العتق لان المكفول له ما كان
يطالبه قبل العتق فكذا الكفيل لانه قايم مقامه في المطالبة واورد الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا لم يوخذ من العبد الا بعد العتق
لم لا يجعل هذا بمنزلة دين موجل ولو كفل رجل بدين موجل لا يجب علي الكفيل الا بعد الاجل
قيل له الدين اذا كان موجلا كان الاجل للدين فاذا كفل بذلك الدين يجب عليه الي
ذلك الاجل واما ههنا فالاجل ليس للدين ولكن الطالب عجز عن قبضه منه لحق المولي
فصار كعجزه عن قبضه كعسارته فان الكفيل يوخذ في الحال فكذلك ههنا **قوله** لا يجب
هذه الجملة وقعت صفة للنكرة وهي قوله مالا اي مالا غير واجب اداوه علي العبد قبل
العتق **قوله** ولم يرض بتعلقه به اي لم يرض المولي بتعلق المال الذي استهلكه العبد
بما في يده من الكسب **قوله** او مفلس بتشديد اللام المفتوحة **قوله** قال ومن ادعي
علي عبد مالا او كفل له رجل بنفسه فمات العبد بري الكفيل وصورة المسيلة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يدعي علي المملوك دينا فيكفل له رجل بنفس المملوك
فيموت المملوك قال فبرا الرجل من كفالته وان ادعي الرجل رقبة المملوك فكفل رجل به فمات
المملوك فاقام المدعي البينة انه له فالكفيل ضامن لقيمة المملوك الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وذلك لان في الفصل الاول كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الاصيل بموته فيسقط
عن الكفيل ايضا لان براة الاصيل توجب براة الكفيل وفي الفصل الثاني كفل عن المدعي عليه
بتسليم رقبة العبد فاذا مات العبد واقام المدعي البينة بعد ذلك غرم المدعي عليه قيمة
العبد وغرمها الكفيل ايضا لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير فاذا وجب ضمان القيمة علي
الاصيل وجب علي الكفيل ايضا لانه التزم المطالبة بما علي الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل
الي القيمة فينتقل في حق الكفيل ايضا وفي المسيلة الاولي لم تجب الضمان علي المولي فلا يجب
علي الكفيل ايضا قال الفقيه ابو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد ولو كفل بالدين الذي
عليه في الفصل الاول تجب الضمان علي الكفيل وان مات بمنزلة من كفل عن حر فمات
الحر مفلسا لا يبرا الكفيل من كفالته في قولهم جميعا وليس بمنزلة من كفل بعد موته وقد ذكر
عن ابي حنيفة انه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن للميت تركة واما في هذه المسيلة فقد صحت
الكفالة في حال حياته فلا يبطل بموته **قوله** فان ادعي رقبة العبد اي ادعي علي ذي اليد
قوله فاقام المدعي البينة انه كان له وانما قيد بالبينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار
ذي اليد او نكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت علي المدعي عليه ولا يلزم ذلك
علي الكفيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر الاصيل لان الاقرار حجة قاصرة لا متعدية **قوله** واذا كفل
العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولي كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد
منهما علي صاحبه وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في عبد لرجل كفل عن مولاه بمال بامره ثم اعتق العبد فادي المال قال لا يرجع
علي المولي بشي وكذلك ان كان العبد هو الذي عليه المال فكفل عنه المولي بامره ثم

اعتق العبد فادي المولي المال لم يرجع علي العبد بشي الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير وفي الوافي شروح الجامع الصغير وقال زفر يرجع كل واحد منهما وقال صاحب الهداية ومعني الوجه الاول ان لا يكون علي العبد دين وفي بعض نسخ الهداية ان يكون بلا حرف النفي واولي النسختين هي الاصح لانه اذا لم يكن عليه دين كان الحق لمولاه في ماليته وله ان يرهنه بالدين او يبيعه بالدين فكذا اذا اذن له ان يكفل عنه وجه قول زفر ان الموجب للرجوع قد تحقق وهو الكفالة بامره الا انه امتنع لمانع الرق لان العبد لا يستوجب علي مولاه دينا وقد زال المانع وهو الرق بالعتق فيرجع ولنا ان الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب علي مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولي لا يستوجب علي عبده دينا بحال فاذا انعقدت غير موجبه للرجوع فلا يصير بعد ذلك موجبة للرجوع ابدا كمن كفل عن انسان بغير امره فادي عنه حيث لا يرجع بشي فكذا هذا **قوله** اما كفالته عن العبد تصح علي كل حال اي كفالة المولي عن العبد تصح مطلقا سوا كانت الكفالة بالنفس او بالمال او كان علي العبد دين او لم يكن قال اصحابنا كل من لا يصح تبرعه لا يصح كفالته لان الكفالة عقد تبرع فتصح ممن يصح تبرعه فعلي هذا لا يصح كفالة الصبي المحجور وكذا لا يصح من فاما كفالة العبد المحجور عليه فانه لا يطالب بحكمها في الحال ويطالب بذلك بعد العتق فاما اذا اذن له مولاه صحت الكفالة وبيعت رقبته في الدين لان المولي يملك ان يعلق الدين برقبة عبده ويكون كفالة المريض من الثلث كما ان تبرعه من الثلث والمكاتب لا يصح كفالته كما لا يصح تبرعه كذا في شرح الاقطع **قوله** ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد وهذه من مسايل القدوري وانما لم تجز الكفالة ببدل الكتابة لان القياس ان لا تجوز الكتابة لان المولي لا يستوجب علي عبده دينا وهذا معني قوله لانه يثبت مع المنافي الا ان عقد الكتابة جوز استحسانا لقوله تعالي فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا فلا يظهر اثر الجواز الذي يثبت مع المنافي في حق صحة الكفالة فلا تصح الكفالة بمال الكتابة ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح والمراد بالدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء والابراء وبدل الكتابة قد يسقط بدونهما بتعجيز النفس فلا يكون دينا صحيحا فلا تصح الكفالة به **قوله** ولا يمكن اثباته علي هذا الوجه اي اثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس ولا يمكن اثبات عقد الكفالة ايضا في حق الكفيل مطلقا لانه حينيذ يكون ما علي الكفيل فوق ما علي الاصيل فلا يجوز ذلك لانه التزم ما علي الاصيل لا غير وهذا معني قوله لان من شرطه الاتحاد اي شرط عقد الكفالة الاتحاد بين الكفيل والاصيل في الضمان **قوله** وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة يعني ان كما ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز فكذلك الكفالة ببدل السعاية لان المستسعي كالمكاتب عنده في عدم قبول الشهادة وتزوج المرابتين والحدود وغيرها لكن اعتبار النكتة الاولي وهي قوله لانه يثبت مع المنافي الي اخره لا علي اعتبار النكتة الثانية لان المستسعي لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس والله اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

مناسبة الحوالة بالكفالة من حيث ان كل واحد منهما التزام بما علي الاصيل ولهذا جازت استعارة كل واحد منهما للاخر حتي كانت الحوالة بشرط عدم براة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براة الاصيل حوالة اعتبارا للمعني ولهذا قال محمد في الجامع الكبير

والاصل

والاصل كتاب الحوالة والكفالة لجمعهما في كتاب واحد وانما اخر الحوالة في الهداية كما هو في المختصر لان الحوالة مبرية عندنا والكفالة غير مبرية والاصل عدم البراة بعد ثبوت المطالبة ثم الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل وموجبها تحول الدين من ذمة الاصيل الي ذمة المحتال عليه ويحتاج هنا الي معرفة اربعة اشيا المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الداين والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو المال ثم اختلف المشايخ المتاخرون ان الحوالة توجب البراة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين قال بعضهم توجب البراة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عن المطالبة والدين جميعا وانما اختلفوا لان محمدا ذكر مسايل تدل علي القولين جميعا اما من قال انما توجب البراة عن المطالبة دون الدين يقول بان المحتال له متي ابرا المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع علي المحيل بشي وان كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب الدين من المحتال عليه رجع ان لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل وكذا لو ابرا المحتال عليه لا يرتد بردة ولو وهب يرتد برده ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل ولو كان المتحول الي المحتال عليه المطالبة والدين جميعا كان الابراء والهبة في حقه سوا فيرتد برده كما في حق الاصيل والجامع بينهما ان الهبة والابرا حينيذ يكون تمليكا من وجه لا اسقاطا محضا والدليل عليه لو قضي المطالب الدين بنفسه اجبر علي القبول ولم يجعل متبرعا ولو بري عن المطالبة والدين كان متبرعا ومنها انه لو وكل المحتال له المحيل بقبض ما علي المحتال عليه لا يصح ولو لم يكن الدين عليه صح واما من قال توجب البراة عن المطالبة والدين جميعا يتوسل انا اجمعنا ان المحتال له لو ابرا المحتال عليه عن دين الحوالة او وهب منه صح ولو ابرا المحيل او وهب منه لم يصح ولو توي الدين علي المحيل صح فالحاصل ان الحوالة ابرا الفعل لكونها نقلا مطلقا تاجيل معني لانه اذا توي ما في ذمة المحتال عليه عاد الدين الي ذمة المحيل وهذا هو معني التاجيل فوجب ان يبرا عن المطالبة دون الدين والعمل بحقيقة اللفظ والمعني معتذر في كل حكم للتنافي بينهما فاعتبر محمد رحمه الله الحقيقة في بعض الاحكام فجعلها ابرا واعتبر المعني في بعض الاحكام وجعلها تاجيلا ليكون عملا بهما بقدر الامكان كذا ذكر الشيخ ابو المعين وغيره في شروح الجامع الصغير **قوله** وهي جايزة بالديون قال القدوري في مختصره الحوالة جايزة بالديون وذلك لان الحوالة ماخوذة من التحويل وتحويل الدين من ذمة الي ذمة ممكن فاما الاعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يمكن تحويله الي غيره فلهذا لم يصح الحوالة فيها وصحت هكذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وتحقيقه ان الدين يثبت بالوصف كما اذا قال لفلان علي الف فجاز ان يقبل النقل بالوصف ايضا ولا يقال الدين وصف ثابت في الذمة وهو عرض فكيف يقبل النقل لانا نقول الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع يحكم ببقايها بعد المباشرة ولكن العين لا يثبت في الذمة فلا يتاتي نقلها من ذمة الي ذمة فلم يصح الحوالة في العين والدليل علي جواز الحوالة قوله عليه الصلاة والسلام من احيل علي ملي فليتبع وروي ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم علي ملي فليتبع وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه بعد ان روي هذا الحديث باسناده

الى ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه انه اذا احيل احدكم على مليّ فليحتل الى هنا لفظه
ولانه تاكد على ابقاء ما التزمه فجاز كالكفالة وهذا لان كل واحد من الكفالة والحوالة التزام
بما على الاصيل قال ونصح برضا المحيل والمحتال عليه اي قال القدوري في مختصره
الحوالة برضا هولا الثلثة اما رضا المحتال له فلان الدين حقه وبالحوالة ينتقل الدين
او المطالبة الى ذمة اخرى على اختلاف المشايخ والذمم متفاوتة فلا بد من رضا من له الحق
وهو المحتال له فلم يصح الحوالة الا برضاه ولهذا المعنى اعتبر رضا المحيل ايضا ولم يشترط
في الزيادات رضا المحيل لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا ادى الدين
لا يرجع على المحيل اذا لم يكن الحوالة بامر المحيل فكان نفعا محضا واما رضا المحتال عليه
فهو شرط عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه ان كان على المحتال عليه دين فرضاه
ليس بشرط واختاره الجرجاني من اصحابنا كذا في مختصر الاسرار وذلك لان بالحوالة
ينتقل الدين او المطالبة بالدين الى ذمة المحتال عليه فلم يجز الحوالة بدون رضاه كما لو لم يكن
عليه دين ولانه نوع ضمان فلا يصح الا برضا الضامن كما في الكفالة ولا يقال صاحب الحق يستوفي
حقه بنفسه وبغيره كما يستوفيه بوكيله فكذا هنا له ان يستوفيه بالمحتال له لانا نقول
موجب المطالبة التي اقتضاها المداينة لا يتغير في الاصل لامن عليه الدين ان شا سلم الى
الوكيل وان شا سلم الى الموكل وفي الفرع يتغير لان الدين ينتقل من ذمة الى ذمة وينتقل
الملك في الدين الى المحتال له ويكون المطالبة له خاصة وقد يكون المحتال له اصعب
من المحيل في المطالبة فيستضر به المديون فلذلك لم يجز الحوالة بلا رضا المحتال عليه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات وفايدة شرط رضاه تظهر في
الرجوع على المحيل اذا كانت الحوالة بامر المحيل اذا لم يكن له على المحتال عليه دين
فاذا كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما ادى بل يتقاصان قوله وهو لا يتضرر
به اي المحيل لا يتضرر بتصرف المحتال عليه في حق نفسه قوله قال واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحوالة اذا تمت بقبول
المحتال له والمحتال عليه برئ المحيل ولا يرجع الطالب بالدين عليه ابدا الا بالتوى
وقال زفر والقاسم بن معن لا يوجب الحوالة براءة الاصيل ذكر قول القاسم هكذا فخر
الاسلام في شرح الزيادات وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي ان الحوالة مبرئة
والكفالة غير مبرئة والطالب بالخيار ان شا طلب حقه من الاصيل وان شا من
الكفيل الا ان تكون الكفالة بشرط براءة الاصيل فيكون حوالة وعند زفر الحوالة والكفالة سوا
وكل واحدة منهما غير مبرئة للاصيل لان كل واحد منهما تحمل الضمان عن الغير فانما يصح
التحمل اذا كان الاصيل ضمينا وقال مالك الكفالة والحوالة سوا وكلاهما مبرئة للاصيل
وللطالب ان ياخذ حقه من الضمين خاصة لان الحق واحد وان لم يجعل الاصيل
بريا صار حقين الا ان علماءنا فرقوا بين الحوالة والكفالة فقالوا الحوالة مبرئة لانها
مشتقة من التحويل والحق متى تحول من ذمة الى ذمة بقيت ذمة الاول فارغة
لانك اذا حولت الشي من موضع الى موضع بقي مكان الاول فارغا لا محالة والكفالة
غير مبرئة لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشي الى الشي وضم الشي الى الشي لا
يوجب فراغ الاول الا ان يكون بشرط براءة الاصيل فتصير حوالة لانها في معنى

الحوالة

الحوالة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي قوله والاحكام الشرعية على
وفاق المعاني اللغوية يعني ان العمل بمعاني اللغات واجب في الاحكام الشرعية فلما كان كذلك
قلنا ان الكفالة تنبي عن الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة والحوالة النقل وهو يقتضي البراءة قوله
والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء جواب عن قول زفر ان الحوالة ليست بمبرئة
لانها للتوثق كالكفالة لاختيار الاملى والاحسن في القضاء حتى لا يماطل في قضاء الدين
ويؤديه اجود وارجح مما كان وهذا لا يدل على ان الحوالة ليست بمبرئة قوله وانما يجبر
على القبول اذا نقد المحيل ومعنى الجبر ان ينزل منزلة القابض بالتخلية بين المحتال
له والمنقود وهذا جواب سوال بان يقال لا نسلم ان المحيل يبرأ بالحوالة فلو برئ لم يجبر
المحتال له على القبول اذا نقد المحيل لانه حينئذ يكون متبرعا في قضاء الدين والمتبرع
لو قضى دين غيره لا يجبر الداين على القبول فاجاب وقال انما يجبر لان الدين يحتمل
العود اليه بالتوى لانه انما انتقل الى ذمة اخرى بشرط السلامة فاذا توى يرجع فلم
يكن المحيل متبرعا في القضاء قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه عطف
على قوله برئ المحيل من الدين قال في شرح الاقطع قال الشافعي رضي الله عنه
لا يرجع المحتال بدينه عند التوى فان احاله عليه بشرط الملاءة فبان انه غير مليّ
ففيه وجهان الصحيح انه يرجع وقال في مختصر الاسرار اذا مات المحتال عليه
مفلسا رجع المحتال له عليه بالدين وقالا لا يرجع وهو قول الشافعي واما اذا جحد
وحلف ففيه روايتان يعني عن الشافعي رضي الله وقد ذكر خلافهما كما ترى ولم
يذكره في ساير الكتب بل ذكروا قولهما كقول ابي حنيفة ولهذا قال علاء الدين العالم
وغيره في طريقة الخلاف وغيرها قال علماؤنا رضي الله عنهم المحتال عليه اذا مات
مفلسا يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه وقال الشافعي لا يثبت
وعلى هذا الخلاف اذا جحد المحتال عليه الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال له بينة
وانما اخترنا الكلام في هذا الحكم لاختلاف عبارات المشايخ في عود الدين والاعادة
الى ذمة المحيل قال بعضهم تنفسخ الحوالة ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع
عيبا وقال بعضهم تنفسخ الحوالة ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقال
بعضهم في الموت على افلاس تنفسخ ويعود وفي الجحود تنفسخ ويعاد فاخترنا الكلام
في ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين لانه الحاصل من الخلاف الى هنا لفظ العالم
في طريقة الخلاف وجه قول الشافعي ان البراءة حصلت مطلقة عن قيد الرجوع
على المحيل عند التوى من غير عوض فلا يعود الى ذمة المحيل بالتوى لان العوض
من الحوالة في جانب المحيل فراغ ذمته عن شغل الدين فاذا حصل فراغ ذمته
بالنقل الى ذمة اخرى لا يعود الى ذمة الاول الا بسبب جديد بخلاف ما لو
صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة
بل بعوض فاذا لم يسلم له العوض يعود ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم
كالاسرار وغيره عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال اذا توى المال
على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد
في الاصل عن شريح مثل ذلك ولم يعرف مخالف فحل محل الاجماع ولان البراءة

بطريق الانتقال ليحصل الاستيفا لا بطريق الاسقاط وهذا لان المقصود من الحوالة التوصل الي
الاستيفا لا مجرد النقل من ذمة الي ذمة لان الذمم لا تتفاوت في حق نفس الوجوب فان
الوجوب كان ثابتا في ذمة المحيل وانما تفترق الذمم في حق الاداء فربما يكون الذمة الثانية
اسرع الي الاداء فلما كان المقصود التوصل الي الاستيفا لو فات ذلك ثبت للمحتال له ولاية
مطالبة المحيل بقضاء دينه بعود الدين او بالاعادة من غير تعيين الطريق قياسا علي
المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا او مات المبيع قبل القبض فلو لم يثبت له حق مطالبة المحيل
بقضاء الدين لفات حقه بلا رضاه لانه ما رضي بقبول الحوالة الا لهذا الغرض فاذا فات هذا
الغرض ولم يثبت له حق مطالبة المحيل بقضاء الدين اما بفسخ الحوالة او بالانفساخ يودي الي
الاضرار به او تفويت عصمة حقه فلا يجوز ذلك قالوا معنى يسقط به المطالبة بالدين وبدله
عن ملي مكلف فوجب ان لا يعود بالتعذر كالابرا قلنا لا نسلم ان القياس صحيح لان في الاسقط
اسقط حقه من غير عوض فاذا تم الاسقاط لم يعد الدين وفي الفرع اسقط حقه بعوض ابتغاه
فاذا لم يسلم العوض رجع في الدين وينتقض ما قالوا بما لو استاجر منه دارا بدينه ثم هلكت
الدار وبما لو صالح اجنبيا علي مال فان المطالبة تسقط بالدين وبدله ثم لو استحق المصالح عليه
من يد المدعي رجع بالدعوي والمعنى في الاصل انه براة اسقاط لا براة نقل بخلاف الفرع فافترقا
قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا فيما نحن فيه قلنا لا نسلم بل يثبت له
الرجوع الا انه سقطت المطالبة به ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال اخذه كما في الكفيل والمكفول عنه
اذا ماتا مفلسين سقط الكفالة لا يدل علي ان المطالبة لا تثبت حال حياة المكفول عنه قالوا ما ل
الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لادى الي الافتراق عن دين بدين ولانه يجوز الحوالة
براس مال الصرف والسلم ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة فاذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال
له اسوة للغرما فاذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض اذ لو كان كالمقبوض لجاز للمحتال
له ان يشتري به شيا من غير المحتال عليه كما يجوز ان يشتري من المحتال عليه فلما لم يجز ذلك
علي انه ليس كالمقبوض وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين لا يصح لانه انما يودي الي ما قالوا
اذا كان القصد منه المعاوضة فاما اذا لم يكن القصد المعاوضة لا يودي اليه كالقرض واما الصرف
والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس فانه لو احال ببدل الصرف او
براس مال السلم فافترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا
بعد القبض ولا يفسد العقد حينئذ فاما اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما علي المحتال
عليه فان المحتال له لا يصير اسوة للغرما فلا نسلم ذلك الا تري الي ما قال في الجامع الكبير
ولو ان المحتال له اخر المحيل سنة ثم مات المحيل وعليه دين اخر سوى دين المحتال له تقسم
دينه علي المحيل بين المحتال له وبين الغرما بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة
ملكا للمحتال له لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحتال
ولهذا لا يصير المحتال له احق به ما لم يثبت اليد بدليل ان العبد الماذون اذا كان عليه دين
يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين اخر كان رقبته وكسبه
بين الكل بالحصص والباقي يعرف في طريقة الخلاف قوله مقيدة بسلامة حقه يعني ان
البراة وان كانت مطلقة لفظا مقيدة معنى بدلالة العادة بسلامة الحق قوله اذ هو المقصود
اي وصول الحق الي المحتال له سالما هو المقصود من الحوالة لفواته اي لفوات المقصود قوله

لانه قابل

لانه قابل للفسخ اي لان عقد الحوالة قابل للفسخ لانهما لو تفاسخا عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلا
للفسخ لما انفسخ قوله فصار كوصف السلامة في المبيع يعني ان المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا رجع
بنقصان العيب وان لم يشترط الرجوع في البيع لان سلامة المبيع تعني ان المشتري اذا وجد
بالمبيع عيبا يرجع بنقصان العيب مقصود مستحق بالبيع فلما فات رجع فكذلك هنا
لما حصل التوي فات المقصود وهو سلامة المقصود فرجع بالدين علي المحيل قوله قال
والتوي عند ابي حنيفة احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له او يموت
مفلسا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان
يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي التوي عند ابي
حنيفة رضي الله عنه علي وجهين احدهما ان يموت المحتال عليه مفلسا ولا ترك مالا معينا
ولا دينا ولا كفيلا علي المحتال عليه للمحتال له والثاني ان يجحد المحتال عليه الحوالة ولم يكن
للمحتال له ولا للمحيل بينة وحلف المحتال عليه فقد توي وعاد المال الي المحيل ولا يكون
التوي عند ابي حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوي علي ثلثة اوجه وجهان ما ذكرنا
ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم عليه بالافلاس كذا في شرح الطحاوي اما اذا جحد المال وحلف
لانه لا يقدر علي مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توي الحق وكذا اذا مات مفلسا
لانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فثبت للمحتال
له الرجوع علي المحيل لان براة المحيل كانت براة نقل واستيفا لا براة اسقاط فلما تعذر
الاستيفا وجب الرجوع واما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذاك
بنا علي ان تفليس القاضي هل يصح ام لا وابو حنيفة لا يري ذلك وهما يريان لانه عجز
عن استيفا حقه فصار كموت المحتال عليه ولابي حنيفة انه عجز يتوهم ارتفاعه
بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح فلا يعود علي المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت
فانه عجز لا يتوهم ارتفاعه قال في الفتاوي الصغرى المحتال عليه اذا جحد وحلف علي ذلك
ولا بينة للمحتال يرجع علي الاصيل في ظاهر الرواية وروى محمد عن ابي حنيفة في غير
رواية الاصول انه لا يرجع ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في الحوالة يقال توي الشي يتوى
توى اذا تلف مقصور غير مهموز وهو تو وتاو وكذا في الجمهرة قوله اما ان يجحد اي المحتال
عليه قوله ولا بينة له اي لمدعي الحوالة وهو المحتال له او المحيل قوله بافلاسه افلس الرجل
افلاسا اذا قل ماله وهو مفلس وهي كلمة غريبة كذا في الجمهرة وقال في المجمل افلس الرجل
اذا صار ذا فلوس بعد ان كان ذا دراهم وقال في تهذيب الديوان فلس القاضي فلانا اذا
نادا انه افلس قوله لان مال الله غاد ورائح يعني يذهب ويجي ويختلف حال المرء فيه في
الصباح والمسا من الفقر الي الغنا وبالعكس فلما كان حكم المال كذلك لم يعتبر ابو حنيفة قضا
القاضي بالافلاس ولم يثبت التوي به قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال
الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين وهذه
من مسايل القدوري والضمير في قوله وعليه راجع الي المحيل اذا اراد المحتال عليه بعد
قضايه الدين الي المحتال له ان يرجع بما ادى علي المحيل فقال المحيل ليس لك ان ترجع علي
لاني كنت احلت عليك بديني عليك فقال المحتال عليه بل لي ان ارجع عليك لا يقبل
قول المحيل فالقول قول المحتال عليه نص عليه في كتاب الكفالة وذلك لان سبب الرجوع

ثابت بيقين وهو قضا الدين بالامر فثبت الرجوع الا اذا اثبت المحيل الدين بالبينة فيبطل
حق المحتال عليه في الرجوع **قوله** واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل وهذه من مسايل
القدوري واراد بالمحتال المحتال له وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل احال رجلا بالف درهم على رجل ثم قال المحيل هو مالي
وقال المحتال هو مالي قال القول قول المحيل معناه ان المحيل قال للمحتال له لا شي لك علي
فقد كنت وكيلي في قبض مالي وقال المحتال له لا بل كان لي عليك الف درهم احلتني بها
على غريمك لا قبض حقي فالقول قول المحيل ويومر المحتال له برد الالف الى المحيل ان
ما قبضه المحتال له من المحتال عليه مال المحيل ومجرد الاحالة لا يكون اعترافا من المحيل
بالدين للمحتال له لان الاحالة كما تستعمل في نقل الدين او نقل المطالبة بالدين يستعمل
في نقل التصرف من الموكل الى الوكيل مجازا كما قال محمد في المضاربة اذا صار مال المضاربة
دينا على الناس وليس فيها ربح وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احل رب الدين
على الغرما اي وكله فلما صح استعمال لفظ الحوالة في الوكالة لم يكن المحيل معترفا بالدين بمجرد
الحوالة فكان القول قوله مع اليمين لانه ينكر الدين **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال
بها عليه اخر فهو جايز وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اودع رجلا الف درهم ولرجل على المودع الف درهم
فاحال المودع الذي له الالف بالفه على المستودع بالالف الذي عنده قال هو جايز وهو
ضامن فان هلكت الوديعة عنده بري من الحوالة وذلك لان الحوالة اذا اطلقت جازت
فاذا قيدت بالوديعة جازت بالطريق الاولى لان التقييد بالوديعة ايسر على الادا
فاذا هلكت الوديعة بطلت الحوالة فبري المودع من الضمان لانه التزم الضمان من مال
معين لا من مال مطلق فاذا هلك ذلك المال بطل الضمان لان الحق كان متعلقا بذلك
المال كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فان الحق كان متعلقا به فبطل بهلاكه وجملة القول
هنا ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله الحوالة على ضربين حوالة مقيدة
وحوالة مطلقة فالمقيدة ان يقيدها بما عليه من الدين والمطلقة ان لا يقيدها والحوالة
جايزة في هذا كله ويبرا المحيل من دين المحتال له وليس له بعد الحوالة على المحيل سبيل الا
ان يتوى على المحتال عليه فاذا توى عليه بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل كما كان
في الاصل عندنا وعند الشافعي التوى على المحتال له ولا يعود الدين على المحيل وقد مر بيان
ذلك قال والفرق بين الحوالة المقيدة وبين الحوالة المطلقة ان الحوالة اذا كانت مقيدة
انقطعت مطالبة المحيل بخوان يكون عليه ثمن مبيع فاستحق المبيع تبين براته من الدين
وبطلت الحوالة وان سقط عنه الدين بمعنى عارض ولم يتبين براته من الاصل فلا تبطل
الحوالة وهو ان يهلك المبيع بعد الحوالة عند البايع قبل التسليم سقط الثمن عنه ولا يبطل
الحوالة ولكن اذا ادى المحتال عليه قبل سقوط الدين يرجع بما ادى على المحيل لانه
قضى دينه بامره وكذلك لو قيد الحوالة بالف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند
المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحتال عليه مضمونة فلا يبطل الحوالة بالهلاك
لانه يجب عليه مثلها وبطل الحوالة بالاستحقاق ولو كانت الحوالة مطلقة لا تنقطع مطالبة

المحيل من

المحيل من المحتال عليه الا ان يودي فاذا ادى سقط ما عليه قصاصا ولو تبين براة المحتال عليه من
دين المحيل لم يبطل الحوالة وكذلك لو استحق مال المحيل الذي له عند المحتال عليه لم يبطل الحوالة
بخلاف المقيدة ولو مات المحيل قبل ان يودي المحتال عليه الى المحتال له وعلى المحيل ديون سوى
دين المحتال له وليس له مال سوى هذا الدين والحوالة كانت مقيدة فالمحتال له لا يكون احق
بذلك من ساير الغرما عندنا وعند زفر هو احق به من ساير الغرما كالرهن اذ المرتهن احق به من ساير
الغرما بالاتفاق وعلماونا فرقوا بين الرهن وبين الحوالة المقيدة والفرق بينهما ان المرتهن احق
بغرم الرهن من ساير الغرما الا ترى انه لو هلك الرهن سقط دين المرتهن جا صة فلما كان
المرتهن احق بغرمه كان احق بغنمه واما في الحوالة المقيدة فليس المحتال له احق بغرم ذلك
المال الا ترى انه لو توي لم يسقط دينه عن المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يكن هو
احق بغرمه لم يكن احق بغنمه من ساير الغرما بل يكون ذلك المال بين غرما المحيل
اسوة **قوله** بري لتقيدها بها اي بري المحتال عليه وهو المودع لتقييد الحوالة بالوديعة
قوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب يعني لا يبرا المحتال عليه وهو الغاصب اذا
كانت الحوالة مقيدة بالمغصوب فهلك المغصوب لان عين المغصوب فاتت ولكن خلفه
وهو المثل والقيمة باق فيكون الفوات كلا فوات فلا تبطل الحوالة **قوله** وقد يكون الحوالة مقيدة
بالدين ايضا يعني ان الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين
ايضا مثل ثمن المبيع **قوله** وحكم المقيد في هذه يعني ان حكم الحوالة المقيدة بالعين او بالدين ان المحيل
لا يملك مطالبة المحتال عليه بذلك حتى اذا دفع المحتال عليه ذلك الى المحيل ضمن وذلك
لتعلق حق المحتال له كالرهن لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل ادا الدين
قوله وان كان اسوة للغرما بعد موت المحيل هذا البيان الفرق بين مال الحوالة وبين الرهن
يعني ان المرتهن احق بالرهن من ساير الغرما وليس كذلك المحتال له فانه ليس باحق بمال
الحوالة من ساير الغرما بعد موت المحيل بل يشاركونه بالحصص وان كان مال الحوالة والرهن
سوا في عدم مطالبة المحيل والراهن ووجه الفرق مر قبل هذا **قوله** بخلاف المطلقة يتصل بقوله
وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه يعني اذا كانت الحوالة مطلقة
غير مقيدة بالعين او الدين يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بحقه لانه لا يبطل الحوالة حينيذ
لان حق المحتال له تعلق بذمة المحتال عليه لا بذلك العين او الدين للمحيل على المحتال
عليه **قوله** لحقه به اي لحق المحتال بالشي الذي للمحيل على المحتال عليه من الغصب او الدين
او عند المحتال عليه من الوديعة **قوله** ما عليه اي على المحتال عليه من الغصب او الدين
قوله او عنده اي باخذ ما عند المحتال عليه من الوديعة **قوله** قال ويكره السفاتج وهو
قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق اي قال القدوري في مختصره وتفسير السفاتج
ما ذكره القدوري وهي جمع سفتجة بضم السين وفتح التا تعريب سفته بمعنى المحكم وسمي
هذا القرض به لاحكام امره قال في الفتاوى الصغرى السفتج اذا كان مشروطا في القرض
فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الواقعات رجل
اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب كان
هذا جايزا وكذلك لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه
وقال في كفاية البيهقي وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا ان يقرض

الجملة صح

مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا باس هكذا روي عن ابن عباس والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن قرض جر نفعا ولانه يملكه دراهم بدراهم فاذا اشترط ان يدفع في بلد اخر صار في حكم التاجيل
والتاجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في بلد اخر الا انهم استحسنوا فقال
لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما اورد القدوري هذه المسئلة في هذا الباب لانها معاملة في الديون
كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام بدر الدين الكردري انه قال انما اوردها في الحوالة لانه احال
اي احال المقرض الخطر المتوقع على المستقرض فيكون في معنى الحوالة والله اعلم كتاب ادب
القاضي لما كان وضع القضا لفصل الخصومات وتنفيذ الاحكام واكثر الخصومات تقع في البياعات
والديون فقد ذكرها ذكر بعدها كتاب القضا لمساس الحاجة الى القضا الادب الخصال الحميدة
سميت به لانها تدعو الى الخيرات والحسنات من الادب بسكون الدال وهو الدعا قال طرفه
نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الادب فينا ينتقر والادب فاعل من ادب يادب
ادبا اذا دعا ومنه ما ذكر ابو عبيد في حديث ابن مسعود انه قال ان هذا القران مادبة الله فمن
دخل فيه فهو امن والمادبة بالضم عبارة عن الصنيع الذي يصنعه الانسان ويروى بفتح الدال
ايضا بمعنى المصدر كالادب ومنه ما روي في حديث ابن مسعود ان هذا القران مادبة الله فتعلموا
من مادبته وكان الاحمر يجعلهما لغتين بمعنى واحد قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره
والقضا يستعمل في اشيا ويراد به في الشرع الالزام قوله قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع
في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اي قال القدوري في مختصره وانما شرط
شرايط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضا لان القضا ولاية كالشهادة
بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضا اولى قال
صاحب الهداية والفاسق اهل للقضا حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة
يعني ان الفاسق لا ينبغي ان يسمع شهادته فلو قبلت جازت فكذا القاضي الفاسق لا ينبغي
ان يقلد ولو قلد صح قال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه ويصلح للقضا من اجتمع فيه
ثمانية اشيا الموثوق في عقله ودينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنة والاثار
والتاويل ويستن من مضى قبله من القضاة ولا يصلح للقضا من لا تقبل شهادته مثل الاعمى
والعبيد والمحدود في القذف واما المراة فتصلح للقضا في الاموال دون الحدود والدما ولا
يجوز قضا اهل الذمة على المسلمين الى هنا لفظ الخزانة وقال في خلاصة الفتاوى واختلفت
الروايات في تقليد الفاسق القضا والاصح انه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال قال
في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد انه متى جار ينعزل وعند الشافعي
ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف الى هنا لفظ الخلاصة ونقل
الناطفي في الاجناس عن ادب القاضي لابي بكر الخصاف اذا ارتشى القاضي وحكم لا يجوز حكمه
فاذا رد ما اخذ وتاب فهو على قضايه وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو فسق
القاضي ثم تاب فهو على قضايه وحكي عن ابي الحسن الكرخي انه ينعزل بنفسه وعن
علي الرازي صاحب ابي يوسف انه ينعزل القاضي بنفسه ولا ينعزل الخليفة
بنفسه الى هنا لفظ كتاب الاجناس وقال فيه ايضا وفي ادب القاضي للحسن بن
زياد في قاض مكث وهو عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضا بقضايا
قبل ان يفسق وقضايا بعدما فسق ابطل كل قضية قضى بها بعدما فسق بعد

ذلك وارتشى

ذلك وارتشى وقد كان قضا بقضايا قبل ان يفسق وقضايا بعدما فسق بطل كل قضية قضى
بها بعدما فسق وانفذت القضايا التي قضى بها قبل ان يفسق وقال ابو حنيفة لو ان قاضيا قضى
بين الناس زمانا وانفذ قضايا كثيرة ثم علم انه فاسق مرتش لم يزل منذ ولي على ذلك ينبغي للقاضي
الذي يختصمون اليه ان يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي الى هنا لفظ الاجناس وذكر
الاستروشني في فصوله القاضي اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاوه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش
وذكر الامام البزدوي انه ينفذ فيما ارتشى ايضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى
وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول اخذ شمس الايمة السرخسي وهو اختيار الخصاف وان
ارتشى ولد القاضي او كاتبه او بعض اعوانه فان كان بامره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضي
سوا ويكون قضاوه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشي رد ما قبض
الى هنا لفظ الفصول قال ابو العباس الناطفي في اخر ادب القاضي من كتاب الاجناس
الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز ان يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في
نوادره سمعت بشر بن غياث يقول ارى الحجر على ثلثة فقيه فاسق وطبيب جاهل
ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع في قول نفسه لا باس بان يستفتى من الفقيه الفاسق
لانه يكره ان يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب وقال في الواقعات واختار الطحاوي
ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير قاضيا ولو فسق ينعزل بالفسق والصحيح ما ذكر في شرح
ادب القاضي ان القاضي بنفس الفسق لا ينعزل بل يعزل والفاسق اذا قلد يصير
قاضيا ومتى قضى نفذ قضاوه الا ان للقاضي الاخر ان يبطله اذا كان من رايه خلاف
ذلك ومتى ابطله ليس لقاض اخر ان ينفذه وهذا قول علمائنا ورايت في كتاب
ادب القاضي لابي محمد الناصحي النيسابوري انه قال فان اخذ القاضي الرشوة وحكم
للذي رشاه بحق ليس فيه ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد ان ينفذ ذلك القضا من
القضاة بل يرده فقد سقطت عدالة المرتشي لان الله تعالى قال لولا ينهاهم الربانيون
والاحبار عن قولهم الاثم واكلهم السحت وقال تعالى اكالون للسحت روي عن ابن عباس
انه قال يعني الرشوة وعن مسروق ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سيل عن السحت
فقال هو الرشا فقال الرجل في الحكم فقال له عبد الله ذلك الكفر ثم تلا قوله
تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذكر شمس الايمة السرخسي في شرح كتاب
ادب القاضي للخصاف حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله
الراشي والمرتشي في الحكم ثم قال وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الراشي والمرتشي
في النار وروي عنه انه قال الراشي والمرتشي والرايش ملعون ثم قال والرشوة من الرشا
فان النازح لا يتوصل الى استيفاء الما الا به فكذلك الانسان اذا كان لا يتوصل الى مقصوده
الحرام فانه يرشو ليتوصل الى ذلك المقصود والراشي المعطي والمرتشي الاخذ والرايش الذي
يسعى فيما بينهما ليسوي امره وهذا لان الله تعالى ذم اليهود على الرشوة بقوله تعالى سماعون
للكذب اكالون للسحت كما ذمهم على الربوا بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه فكانت
الرشوة بمنزلة الربوا وذلك حرام محض فكذلك الرشوة ولا يخلو اما ان يرشوه لانه قد خوفه وهدده
فيعطيه الرشوة ليدفع الخوف عن نفسه او يرشو انسانا ليسوي امره فيما بينه وبين السلطان
ويسعى في ذلك الباب او يرشو ليتقلد القضا من السلطان او يرشو القاضي ليقضي له

ملعون الراشي والمرتشي والرايش

اما الاول فانه اذا كان يرشوه ليدفع الخوف عن نفسه فانه لا يحل للاخذ ان ياخذه لان الكف عن
التخويف والتهديد واجب عليه بدين الاسلام فلا يحل له ان ياخذ المال على ذلك فان اخذ
المال لاقامة ما هو واجب الاقامة بدون المال يكون حراما واما المعطي يحل له الاعطا
لانه خاف منه وجعل المال وقاية لنفسه وهو موافق الشريعة الا ترى الى ما روي
عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم انه قال ما وجدنا في زمن زياد شيا خيرا من المال
كنا نقول نصون به انفسنا فدل انه يحل له ان يبذل المال دفعا للخوف عن نفسه
واما الثاني اذا ارشاه ليسعى بينه وبين السلطان ويسوي امره بين يدي السلطان
لا يحل له الاخذ لان القيام بمعونة المسلمين واجب بدون المال فهو اخذ المال لاقامة ما وجب
بدون المال فلا يحل له اخذ المال والحيلة في ذلك ان يقول ذلك الرجل له استاجرتك
يوما الى الليل ببدل معلوم فيستاجره فيكون صحيحا ثم ان المستاجر بالخيار ان شا استعمله
في ذلك العمل وان شا استعمله في عمل اخر وان شا السلطان ليتقلد منه القضا فالراشي
والمرتشي في النار الا ترى الى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انا لا نقلد العمل من ياتينا
عليه بالشفعا فاذا كان لا يقلد من يطلب فكيف يقلد من يرشو وهذا لانه انما يرشو
لياخذ من اموال الناس بحسبه فيحرم الاخذ والاعطا واما الفصل الاخير اذا ارتشى
القاضي ليقضي له فهذا لا يخلو اما ان يكون القضا له بالجور او بالحق فان كان القضا بالجور
فحرمة المال لوجهين احدهما لانه رشوة فيكون حراما والثاني بسبب القضا بالجور وان
كان القضا بحق فالحرمة لمعنى واحد وهو ان القضا واجب عليه لله بدون المال
فاذا اخذ عليه المال فهو اخذ المال على العبادة او على اقامة القربة فيكون حراما ولا
ينفذ القضا الذي ارتشى فيه وسجله في ذلك يكون باطلا فما قضا به بعد ذلك هل
ينفذ للناس فيه كلام والصحيح من المذهب عندنا انه ينفذ قضاياه بعد ذلك كذا في شرح
ادب القاضي واما الشرط الثاني وهو كون القاضي من اهل الاجتهاد فذاك شرط الاولوية
عندنا لا شرط الجواز وهو الصحيح وقيل شرط الجواز واليه مال صاحب شرح الاقطع وقال
في وجيزهم لا بد للقضا من صفات وهو ان يكون ذكرا حرا مجتهدا بصيرا عدلا فلا يجوز قضا
المراة والاعمى والصبي والفاسق والجاهل والمقلد الى هنا لفظ الوجيز وقال صدر الاسلام
البزدوي في اصوله اجمع العلما والفقها ان المفتي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد فانه
لا يقدر ان يفتي الناس اذا لم يكن من اهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا محالة وان لم
يكن من اهل الاجتهاد لا يحل له ان يفتي الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من اقوال
الفقها ولا يحل له ان يفتي فيما لا يحفظ فيه قولا من اقوال المتقدمين الى هنا لفظ صدر
الاسلام وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا وذكر الخصاف ما يدل
على جوازه لانه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي فان لم يكن له راي
وسال فقيها اخذ بقوله ووجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
حين بعث معاذا الى اليمن فقال له بم تقضي قال بكتاب الله قال فان لم تجد
قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رايي فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما رضي رسول الله
ولانه اذا لم يكن مجتهدا لجاز ان يقع حكمه بخلاف النص او الاجماع فلا يجوز لان القضا

يستفتي

يستفتي الغير لقدرته ولا قدرة بدون العلم وانما لم يذكر معاذ الاجماع حين ساله رسول الله عن
الحكم لانه لم يكن اجماع للصحابة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ان المقصود من القضاء
تنفيذ الاحكام وايصال الحق الى مستحقه وهذا المعنى يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره
كما يحصل من المجتهد لما ذكره احمد بن حنبل في مسند علي رضي الله عنه قال انفذني رسول
الله الى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء
فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين
بعد ذلك وروى صاحب السنن باسناده الى علي قال بعثني رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي
بالقضا فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان
فلا تقض حتى تسمع من الاخر كما سمعت من الاول فانه احرى الى ان يتبين لك القضاء
قال فما زلت قاضيا او ما شككت في قضا بعد فعلم ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز
لان عليا رضي الله عنه لم يكن من اهل الاجتهاد ولا يقال كل من لا يصلح ان يكون مفتيا لا يصلح
ان يكون قاضيا كالفاسق لان المفتي يجوز له ان يفتي بالسماع عن غيره بطريق الحكاية
فكذلك القاضي يقضي بفتوى غيره لا برايه وقضا المراة يجوز فيما يسمع شهادتها فيه
خلافا للشافعي لان المقصود وهو تنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم حاصل
بخلاف قضائها في الحدود والقصاص فان شهادتها لا يجوز فكذا قضاؤها وتمام الاجتهاد
وهو بذل المجهود لنيل المقصود بشرط صيرورة المرء مجتهدا ان يكون عالما بالنصوص من
الكتاب والسنة مما تتعلق به الاحكام الشرعية ولا يشترط ان يكون عالما بجميع ما في
الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة في ذلك ان يكون بحال يمكنه طلب الحادثة
الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الاحكام ويشترط ايضا ان يكون عالما بوجوه العمل بالكتاب
والسنة والاجماع على ما عرف في اصول الفقه واذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدا ويجب
عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره كذا في الميزان وقال صدر الاسلام البزدوي
في اصوله واهل الاجتهاد من يكون عالما بالكتاب ناسخه ومنسوخه وعالما بالسنن ناسخها
ومنسوخها وعالما بمعاني الكتاب والسنن التي هي اقيسة والى هذا اشار محمد في كتاب
الحدود وبعضهم قالوا يجب ايضا ان يكون عالما بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من التصريح
والكناية والصحيح ان اهل الاجتهاد في مسايل الفقه من يكون عالما بدلايل الفقه وهي
الكتاب والسنة والاجماع والقياس الى هنا لفظ صدر الاسلام وقال الاستروشني
في فصوله قال بعضهم اذا كان صوابه اكثر من خطايه حل له الاجتهاد هذا لفظ الفصول
وروي عن مالك انه سيل اربعين مسيلة فقال في ست وثلاثين منها لا ادري
وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وينبغي ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالمعنى او صاحب فقه ومعنى له بصر ومعرفة في باب الحديث والتفاوت
بين العبارتين ان الاول مشتهر بالحديث وله فقه ايضا والثاني مشتهر بالفقه وله بصر
بالحديث ايضا وقال البستي في اصوله قال بعض اصحابنا اذا كان عالما في مسيلة يعرف
حقيقتها ولا يخفى عليه حقيقتها يكون من اهل الاجتهاد في تلك المسيلة ثم اذا اجتمع
اهل الشهادة والاجتهاد في واحد هل له ان يتقلد القضا قال في خلاصة الفتاوى فيه

اربعة اقوال قال بعضهم يكره وقال بعضهم لا باس به وقال بعضهم وعليه عامة المشايخ ان التقليد رخصة والترك عزيمة وروي الحسن عن ابي يوسف ومحمد اذا قلد من غير مسئلة لا باس به وان سال يكره وهذا ذكر في المنتقى الي هنا لفظ الخلاصة وذكر الفقيه ابو الليث في العيون عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال لا ينبغي لاحد ان يطلب القضا ولا يتعرض له فان فعل فهو مسي وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف انه قال دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم بالقضا لانه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفا به او لا يقدر وفي ترك الدخول فيه صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلدة غير من يصلح للقضا فاما اذا لم يكن غيره في البلدة من يصلح له للقضا فانه يدخل في القضا فان كان في البلدة قوم يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الشروع في القضا فكلهم ياثمون اذا كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم فاما اذا كان السلطان يفصل بنفسه فامتنعوا جميعا لا ياثمون ولو امتنع الكل حتى قلد جاهلا فانهم مشتركون في الاثم لانه يودي الي تضييع احكام الله تعالي كذا في شرح ادب القاضي قوله في المولى اسم المفعول من التولية قوله يستفتى من حكم الشهادة اي يوخذ ويستفاد منه قوله لا ينبغي ان يقلد اي الفاسق لانه لا يوتمن على امر الدين قوله ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا اراد بغيره الزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي واراد بالمشايخ علما بخارا وسمرقند قال ابو حفص الاستروشني في الفصول وكون القاضي عدلا ليس بشرط ايضا حتى قال اصحابنا ان الفاسق يصح ان يكون قاضيا والعدالة شرط الاولوية في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر شرط لصحة التقليد ولو قلد وهو عدل ثم فسق يستحق العزل ولكن لا ينعزل وبه اخذ عامة المشايخ ويجب على السلطان ان يعزله الي هنا لفظ الفصول قوله وهل يصلح مفتيا فيه اختلاف المشايخ وقد مر قبل هذا قوله واما الثاني اي الشرط الثاني في المولى وهو شرط الاجتهاد وقد مر بيانه ايضا قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه اي في اصول الفقه لفخر الاسلام وغيره في باب معرفة احوال المجتهدين قوله وان يكون صاحب قريحة قال صاحب الجمهرة القريحة خالص الطبيعة ومنه اشتقاق القراح وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبح وغيره وقال في تهذيب الديوان قريحة البير اول مايها والقريحة الطبيعة وقال في المجمل القريحة اول ما يستنبط من البير ولذلك يقال لفلان قريحة جيدة يراد استنباط العلم وقال في الصحاح كما في المجمل وقال المطرزي في الايضاح القريحة في الاصل اول ما يستنبط من البير وهي فعيلة بمعنى مفعولة اسما للبير من قرحتها اذا احفرتها ثم سموا الماء بذلك للملابسة بينهما ثم قالوا فلان حسن القريحة اذا ابتدع شعرا وخطبة اجاد فاستعاروها للطبع وهو من مستعار المجاز لان اصل القرح الجرح والشق ومنه القارح وهو الفرس الذي قرح نابه اي شق وقال البستي في اصوله قال بعضهم اهل الاجتهاد من كان عالما بالكتاب والسنة واتفق علي معانيهما فهو من اهل الاجتهاد وقال بعضهم اهل الاجتهاد من كان مع هذه الجملة يعرف الناس وعاداتهم الان هذا ليس بشي لانه شرط زايد لا حاجة اليه لاشتراطه فان من عرف كتاب الله وسنن رسوله وعرف ناسخه ومنسوخه ووقف

على معانيه

على معانيه يمكنه الاجتهاد كذا قال البستي في كتاب الاصول قوله عليها اي على عادات الناس قوله قال ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه ان يودي فرضه اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالي يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تعالي لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين الناس وولي اصحابه القضا وانفذهم الي النواحي وقد روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عليا قاضيا الي اليمن وكان الخلفا الراشدون يقضون بين الناس ولان القضا امر بالمعروف ونهي عن المنكر والامر بالمعروف واجب وبعض السلف انما كرهوا الدخول في القضا لخوفهم على انفسهم من عجزها عن القيام بتحمل عب القضا فلو لم يجز الشروع فيه لم يول رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحابه القضا ولم يقض بنفسه ولكن مع هذا ترك الدخول اسلم لدينه كما مر بيانه قوله قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف وذلك لقوله عليه السلام القضا ثلثة قاضيان في النار وقاض في الجنة ولقوله عليه السلام من ولي القضا فكانما ذبح بغير سكين فلاجل هذا الوعيد كره الدخول فيه لمن لا يامن على نفسه ان يحيف ويجور على الناس وان كان القضا في نفسه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف وقد قال صاحب الهداية الصحيح ان الدخول فيه رخصة والترك عزيمة وجملة القول فيه بيناها قبل هذا نقلا عن شرح ادب القاضي وخلاصة الفتاوي والحيف الجور والظلم من خاف عليه يحيف حيفا قوله كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضا قوله فحينيذ يفترض عليه التقليد يعني اذا كان واحد من اهل المدينة يتعين للقضا لعلمه وعفافه يفترض عليه طلب القضا وتقلده حتى لا يضيع حقوق الناس فاذا امتنع هو وقلد الجاهل او الفاسق ياثم هو لامتناعه وقد مر ذلك وهذا كصلاة الجنازة قال الواحد اذا تعين لاقامتها يفترض عليه عينا قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يطلب ولاية القضا بقلبه ولا يسالها بلسانه وذلك لما روى ابن عيسى الترمذي في جامعه باسناده الي انس بن مالك رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضا وكل الي نفسه ومن اجبر عليه ينزل عليه ملك فيسدده وروي ايضا باسناده الي ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ولي القضا او جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين وروي في السنن باسناده الي انس بن مالك رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من طلب القضا واستعان عليه وكل اليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله ملكا يسدده وروى صاحب السنن ايضا باسناده الي ابي موسى قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لن نستعمل ولا نستعمل على عملنا من اراده وحدث البخاري في الصحيح باسناده الي عبد الرحمن بن سمرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسيلة وكلت اليها وان اوتيتها عن غير مسيلة اعنت عليها ولان الظاهر من حال من يطلب القضا انه يطلبه للدنيا وحظ النفس وطلب الدنيا وحظ النفس منهي عنه بخلاف ما اذا اكره على القضا حيث لا يوجد هذا المعنى قوله وكل الى نفسه على صيغة المبني للمفعول بتخفيف الكاف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الى الصواب لكون النفس لامارة بالسوء قوله ثم يجوز التقلد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسيلة القدوري قال في فصول الاستروشني ويجوز تقلد القضا من السلطان العادل والجاير اما من السلطان العادل

فظاهر واما من الجاير فلان الصحابة تقلدوا الاعمال من معاوية بعدما ظهر الخلاف لعلي والحق مع علي
في نوبته وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع انه كان افسق
اهل زمانه الي هنا لفظ الفصول قال الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب
القاضي للخصاف قاضي اهل البغي والخوارج اذا كان منهم فقضى لشي ثم رفع الي قاضي اهل العدل
لم يجزه وابطله لان الخوارج اذا خرجوا علي اهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون اموالهم
فلا يجوز شهادتهم واذا لم يجز شهادتهم لم يجز قضاؤه فينتقض وهذا قول ابراهيم النخعي ولا
يعمل علي كتابه ايضا لانه لا يجوز قضاؤه فلا يعمل علي كتابه ثم قال الناصحي قال في الكتاب
اي قال الخصاف في ادب القاضي اذا بلغ الامام ان قوما يجتمعون ليخرجوا عليه فانه يبادر اليهم
فيقتلهم ويرد شهادتهم ومن يستحق القتل لا يكون قاضيا فلا ينفذ قضاؤه قاضي اهل العدل وان
كان قاضي الخوارج من اهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع الي قاضي اهل العدل امضاه ويجوز القضاء
بين الناس لان شريحا كان يتولى القضا من جهة معاوية ومن بعده من بني امية وكانوا خارجين
علي امام الحق ولم يرو عن احد من اهل العدل انه فسخ قضاءه وكذلك غير شريح تولوا لهم ولم يرو
عن احد من الايمة نقض قضايهم فدل علي ان القاضي اذا كان عدلا في نفسه لا يعتبر فسق من
ولاه وليس كذلك اذا كان عبدا او كافرا لانه لا يد له علي المسلمين قال في الفصول اهل البغي
هم الخارجون علي امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا علي امام وصاروا امنين
به فخرج عليه طايفة من المومنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه
ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة علي الظلم ولا
ان يعينوا تلك الطايفة علي الامام ايضا لان فيه اعانة لهم علي خروجهم علي الامام وان لم يكن
ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى
علي القتال ان ينصر امام المسلمين علي هولاء الخارجين لانهم ملعونون علي لسان صاحب الشرع
لانه قال الفتنة نايمة لعن الله من ايقظها قوله والحق كان بيد علي في نوبته انما قيد بنوبته
احترازا عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون الحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبة
ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد
ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المومنين نوله ما تولى ونصله جهنم لان خلافتهم انعقد عليها
اجماع الصحابة ولم يرو عن علي خلاف ذلك ويأتي البيان يعرف في علم الكلام ان شا الله تعالى
قوله الا اذا كان لا يمكنه من التقضي استثنا من قوله يجوز التقلد من السلطان الجاير الا اذا لم يمكنه
السلطان الجاير من التقضي فحينيذ لا يجوز التقلد منه لان المقصود من القضا وهو تنفيذ الاحكام
لا يحصل قوله قال ومن تقلد القضا سال ديوان القاضي الذي قبله اي قال القدوري في مختصره
والمراد من ديوان القاضي الخرايط التي فيها السجلات والصكوك والمحاضر وكتاب نصب الاوصياء
والقيم في اموال الوقف وكتاب تقدير النفقات وانما يسال له لان ديوان القاضي المقصود
منه الحجة والوثيقة للناس فيجب ان يجعل في يد من ينظر في امورهم وهو القاضي المولى وهذا
لانه يحتاج الي معرفة ما فيه فكان له اخذه وهذا ظاهر اذا كان البياض الذي كتب عليه
السجلات ونحوها من بيت المال وكذا اذا كان من مال الخصوم لان ذلك انما سلم اليه
ليعمل القضا وقد انتقل العمل الي غيره فيوخذ الديوان منه شا او ابى وكذا اذا كان
البياض للقاضي المعزول لانه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تدينا لا تمولا قالوا

ويبعث

ويبعث القاضي المولى رجلين امينين حتى يتسلما الخرايط من المعزول او امينه وذلك لان قول
الانسان لا ينقل الي القاضي باقل من اثنين ويسال الامينان اياه عن شي فشي ويجعلان كل
حادثة في خريطة علي حدة حتى لا يشتبه الحال علي القاضي المولى ويتيسر الوصول الي ما اراد
وسوال الامينين لكشف الحال لا للالزام لان قول القاضي المعزول ملزم اذ هو صار كواحد من الرعايا
بالعزل ثم اذا قبض الامينان الديوان ختمان علي ذلك خوفا عن احتمال الزيادة والنقصان
قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف فما كان من القماطر فيها الاقرارات وشهادة
الشهود والمحاضر قبضها الامينان مختومة لانها ليست بحجة اذ الثاني لا يقضي بها لان ما
اثبته القاضي الاول من اقرار وشهادة لا يكون حجة عند الثاني فجاز قبضها جملة مختومة
وما كان من القماطر فيها حجج الناس من الصكوك والسجلات كتباه شيا فشيا فيكتبان قمطر كذا
فيه كذا نسخة السجل لفلان بن فلان الفلاني علي فلان بن فلان الفلاني فيكتب الجميع مفسرا
علي هذا الوجه وقمطر فيه كذا وكذا صكا باسم فلان بن فلان الفلاني لان هذه حجج الناس فوجب
ان يحتاط فيها فيكتبانها مفصلا فهو اسرع وجودا عند الحاجة اليه ويكتبان ذلك بحضرة
القاضي المعزول وبحضرة امينه لانهما يقبضان منه فيكتبان بحضرته او بحضرة امين يقيمه
مقام نفسه وكذلك يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها واسما الامنا الذين للقاضي
المعزول لانه يفتقر الي معرفتهم ومعرفة ما في ايديهم فوجب ان يكتب اسماهم قوله قال
وينظر في حال المحبوسين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فمن اعترف بحق الزمه
اياه ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة يعني ينظر القاضي المولى في حال المحبوسين
ويبعث الي الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمايهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم وذلك
لان القاضي نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لانه صار كواحد من الناس
لانه لا يلي في الحال فلا ينفذ قوله عليهم غير انه يتعرف ما عنده ثم يسالهم ويجمع بينهم وبين
خصمهم فان اقروا بما يوجب الحبس وطلب خصمه ذلك حبسهم لان الحق يجب بالاقرار
وقد قال عليه السلام لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته وحبسته فكان له ان يحبس
فان لم يقروا وشهد الشهود عليهم بالحق وهذا القاضي يعرفهم بالعدالة ردهم الي الحبس لانه يجب
الحكم بشهادة الشهود لقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا فان لم يعرفهم بالعدالة اخذ
من المحبوس كفيلا بنفسه واطلقه الي ان يسال عن الشهود فان عدلوا رده الي الحبس لانه
يبتدي القضا الان ولا يقضي بما مضى فصار كما لو شهد الشهود ابتدا علي واحد بحق قوله وشهادة
الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان علي فعل نفسه يعني ان قول المعزول ليس بحجة لانه كواحد من الناس
وشهادة الفرد لا تقبل علي فعل غيره فاولى ان لا يقبل علي فعل نفسه قوله فان لم يقم البينة لم
يعجل بتخليته حتى ينادي وينظر في امره هذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض نسخ المختصر
ويستظهر في امره قال اهل اللغة الاستظهار الاحتياط قال ابو محمد الناصحي في تهذيب
ادب القاضي للخصاف فان قال واحد من المحبوسين حبست بغير حق ولم يحضر له خصم
تانى القاضي ونادى اياما فان لم يحضر له خصم اطلقه واخذ منه كفيلا بنفسه لان ظاهر
امر القاضي المعزول انه لم يحبسه الا بحق فلا يطلق في الحال ويتانى فيه ولان السجلات
امين في الظاهر والمحبوس في يده فلا تزيل يده في الحال وينادي اياما من حبس فلان
بن فلان الفلاني فليحضر فان لم يحضر خصمه اطلقه لان قول القاضي المعزول لا يقبل لانه شاهد

بعد عزله وشهادة الواحد لا يقبل فلم يجب حبسه فاطلق عنه و ياخذ منه كفيلا لان القاضي ناظر
محتاط فاذا راى الاحتياط ان ياخذ كفيلا لان القاضي ناظر فلعل لجواز ان يكون له خصم غايب
يحضر و يدعي عليه فان قال انا محبوس لفلان وقضى حقه واراد الطالب اطلاقه وقد عرف
القاضي الطالب او عرف له شهود شهدوا على نسبه فاتى القاضي فيه لانه يجوز ان يكون
له خصم اخر فوجب ان يتانى فان لم يجد له خصما اخر اطلقه لانه قد احتاط فان لم يقف من
امره على حقيقة اخذ منه كفيلا واطلقه لما ذكرنا انه ناظر محتاط فان لم يعرف القاضي الطالب
ولم يعرف عنده نادى عليه ايا ما من كان حبس فلان ابن فلان في حبس القاضي فلان
فليحضر ثم ياخذ منه كفيلا و يطلقه لانه يجوز ان يحتال فيحضر واحدا و يقول هذا حبسني
فيحتاط القاضي بهذا النوع من الاحتياط و ياخذ الكفيل وان قال لا كفيل لي ولا اعطي كفيلا فانه
لا يجب علي شي نادى عليه شهرا ثم تركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه اعطا الكفيل
وانما طلبه به احتياطا فاذا لم يعط وجب عليه ان يحتاط بنوع اخر فينادي عليه
شهرا فاذا مضى المدة اطلق عنه كذا قال الامام الناصحي قوله لم يعجل بتخليته حتى
ينادى عليه اي لم يعجل القاضي باطلاق المحبوس بل يتانى وينادى على المحبوس
اياما في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر قوله وينظر
في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل به على ما يقوم به البينة او يعترف به هذا لفظ القدوري
في مختصره وانما ينظر في الودايع وارتفاع الوقوف لان القاضي نصب ناظرا في امور
الناس محتاطا فيها وانما يعمل على حسب ما يقوم به البينة او يعترف به من الوديعة
في يده لان كل واحد من البينة والاقرار حجة اما البينة فظاهر لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم وكذا الاقرار لقوله تعالى فليملل الذي عليه الحق ولان من في يده
الوديعة امين والقول قول الامين ما لم يكذبه الظاهر قوله ولا يقبل قول المعزول لانه
بالعزل التحق بالرعايا فصار كواحد من الناس واليه اشار بقوله هذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله
فيها وفي بعض النسخ الذي هي في يده وانما لم يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بالرعايا
فصار كواحد من الناس واليه اشار بقوله لما بينا الا اذا اعترف الذي في يده الوديعة
بان القاضي المعزول سلمها اليه فحينئذ يقبل قول المعزول لانه لما اقر بتسليم المعزول
اليه كان معترفا بان يده مستفادة من جهة المعزول فيقبل قول المعزول في مستحقها
كما لو كانت الوديعة في يده فاذا لم يعترف من في يده الوديعة بتسليم المعزول لم يقبل
قول المعزول لانه مدع بغير حجة قوله الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه استثنا
من قوله فيقبل قوله فيها اي قول المعزول في الوديعة يعني انما يقبل قول المعزول اذا اعترف
من في يده الوديعة بتسليم المعزول اليه اما اذا ابتدا ذو اليد بالاقرار لواحد ثم اقر بتسليم
القاضي المعزول اليه فقال المعزول هي لفلان اخر سلم الوديعة الى من اقر له ذو اليد
لا الى من اقر له المعزول ويضمن ذو اليد لمن اقر له المعزول قيمتها وتمام البيان فيه ما قال
الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وان قال الامين الذي على يده مال
قد دفعه الى القاضي ولا ادري لمن هو فقال القاضي هو لفلان صدق فيه لان الامين اقر
بانه وصل اليه من قبل القاضي فصار كانه في يده ولو كان في يده كان القول قوله كذلك هذا

وان قال دفعه الى القاضي وهو لفلان فقال القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول قول القاضي لانه
لما اقر بوصوله اليه من جهة القاضي واليد له فيه قبل اقراره لغيره فصار كما لو كان في يد القاضي
ولو كان في يده فاقر به لواحد واقر هذا به لاخر كان القول قول القاضي كذلك هذا وان قال
الامين هو لفلان وقد دفعه الى القاضي وقال القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول قول الامين
لان ظاهر اليد له الى ان يقر به لغيره فاذا اقر بما في يده في الظاهر لغيره صح الاقرار ووجب الملك
للمقر له فاذا اقر بالبيد في ملك غيره لغيره لم يصدق ثم قال الناصحي وذكر ابو علي بن موسى انه يغرم
مثله للذي اقر له القاضي لانه اقر بالاخذ من القاضي وقد اتلفه باقراره للاول فيغرم قيمته قوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه بالعزل التحق بالرعايا قوله لسبق حقه اي حق المقر له الاول وهو الذي
اقر له ذو اليد قوله ثم يضمن اي ذو اليد قوله قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد اي قال القدوري
في مختصره وقال صاحب الهداية والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الناصحي في تهذيب ادب
القاضي للخصاف قال ابو حنيفة ويقضي القاضي في مسجد الجامع لانه ارفق بالناس واحرى ان
لا يخفى وان قعد مسجد حيه او في بيته فلا باس بذلك وقال الطحاوي في مختصره لا باس
بان يقضي في منزله وحيثما احب الا ان احسن ذلك ان يقضي حيث الجماعة وقال في
خلاصة الفتاوى وافضل ما يجلس في المسجد الجامع و في مسجد حيه او بيته لا باس به عندنا قال
الشيخ الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع و مسجد الحي و بيته وسط البلدة اما اذا كان في
طرف من البلدة يختار مسجدا وسط البلدة الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لئلا يلحق بعض
الخصوم زيادة مشقة بالذهاب الى طرف البلدة وقال في المغني يختار مسجد السوق لانه
اشهر وقال في وجيزهم ويكره ان يتخذ المسجد مجلسا للقضا وروى شمس الايمة السرخسي في
شرح ادب القاضي عن مالك ان القاضي اذا كان في المسجد فتقدم اليه الخصمان لا باس بفصل
الخصومة فيه وان تعمد الذهاب الى المسجد لفصل الخصومة في المسجد يكره وقال احمد بن حنبل
يجوز القضا في المساجد والجوامع من غير كراهة ووجه قول الشافعي ما قال في شرح ادب
القاضي بان المساجد انما بنيت لاقامة العبادة وذكر الله تعالى قال تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه لا لفصل الخصومات فيكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومات
وربما يجري الكذب على لسان احد الخصمين او يشهد الشهود بشهادة الزور او يقع اليمين الفاجرة
وذلك من الكبائر قال تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واليمين الغموس
كثيرة الاثم الى ما روى البخاري باسناده الى الشعبي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال الكباير الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس
فلو جلس القاضي في المسجد كان سببا للاقدام على الكذب ولان مجلس القضا يحضره الحايض
وهي ممنوعة عن الدخول فيه ويحضره المشرك وهو نجس قال تعالى انما المشركون نجس
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفصل بين الخصوم في معتكفه وكذا
الخلفا الراشدون كانوا يفصلون الخصومات في المسجد ولو كان الكفار يفدون على رسول الله
وفدا وهو في المسجد وروى الخصاف في ادب القاضي باسناده الى هشام بن ابي عبيد الله
مولى لقريش قال سمعت الحسن يحدث حديثا قال اتيت المدينة مسجد رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذات يوم بالهاجرة فاذا انا بابن عفان قد كوم كومة من الحصا ووضع رداه
ثم اتكا فاذا هو رجل حسن الوجه حسن اللحية فاذا بجنبيه نكات من اثر الجدري واذا

الشعر قد كساسا عدنه قال لجاه سفنا معه قرينة نخاصم رجلا قال فجعل ينظر فيما بينهما ففي هذا
دلالة على ان القاضي في سعة على ان يقعد للحكم في المسجد الجامع وروى عن الحسن ايضا انه
كان يقضي في المسجد وكان قاضي البصرة من جهة عمر بن عبد العزيز وروي ايضا عن الحسن
وزرارة بن ابي اوفى انهما كانا يقضيان في الرحبة خارجا من المسجد وروي عن يحيى بن
يعمر انه كان يقعد في الطريق فيقضي وعن شريح انه كان يقضي في داره اذا كان يوم مطير
وعن الشعبي انه كان يقضي في المسجد وعن محارب بن دثار انه كان يقضي في المسجد ويخضب
بالسواد وعن شريح انه كان يقضي في المسجد ايضا ولان القاضي مامور بالقضا بحق والقضا
بحق من اشرف الطاعات وافضل العبادات فكان الجلوس في المسجد للقضا بحق كالجلوس للتدريس
والفتوى والوعظ وذلك لا باس به فكذا هذا ولان الجلوس في المسجد مانع من الاقدام على الكذب
لا حامل عليه لان الانسان يحترز عن الكذب فيه اكثر مما يحترز في غيره الا ترى ان الشافعي
قال اذا كان الدعوى في العظيم من المال يحلف المدعى عليه في المسجد الحرام بين الركن والمقام
لان الانسان يمتنع عن اليمين الكاذبة في هذه المواضع ونجاسة المشرك في اعتقاده لا على ظاهر
بدنه ولا يصيب الارض منه شي والحائض مسلمة يعتقد حرمة الدخول في المسجد فالظاهر
انها تخبر بحالها فيخرج الى ارض القاضي او امينه اليها الى باب المسجد كما اذا كانت الدعوى
في الدابة قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وقد ذكر في السير الكبير
بان المشرك يمنع من دخول المسجد عملا بقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
وذكر في الجامع الصغير ان الكافر لا يمنع من دخول المسجد قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير وابو سفيان بن حرب دخل المسجد الحرام عام الحديبية والاية وردت
في الطواف بالبيت يعني ان الكفار كانوا يطوفون بالبيت عراة ويتكلمون بالفواحش
فنهاهم الله تعالى لاجل ذلك لا لاجل الدخول نفسه وقال الناصحي في تفسير ادب القاضي
كان شريح يقضي في المسجد وكذلك الحسن والشعبي **قوله** ولو جلس في داره لا باس
به ذكر هذا تفريعا على ما تقدم قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وان
اختار الجلوس في مسجد حيه لا باس وان اختار ان يجلس في داره فله ذلك بشرط ان لا
يمنع احدا من الدخول عليه لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلسه ان لو كان
في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة يعني من تهمة الظلم والرشوة وقال الناصحي في تهذيب
ادب القاضي وروي ان شريحا اذا كان يوم مُطيرٌ قضى في داره وقال الطحاوي في
مختصره ولا ينبغي له ان يقضي وهو يمشي او يسير **قوله** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم
او ممن جرت عادته قبل القضا بمهاداته هذا لفظ القدوري في مختصره وانما لا يقبل القاضي
هدية لما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي قال استعمل
النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا
لكم وهذا اهدي لي قال عليه السلام فهلا جلس ابن الاتبية وقيل ابن اللتبية واسمه عبد الله
بن الاتبية قالوا في اسامي الرجال بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ساعيا على بني ذبيان
فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا وقال البخاري ايضا في الصحيح
قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم
رشوة ذكره في باب الهبة وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي وروي ان النبي

صلى الله

صلى الله عليه وسلم لما بعث ابن رواحة الى اهل خيبر اهدوا اليه فردة وقال هو سحت وعن
مسروق قال القاضي اذا اخذ الهدية فقد اكل السحت واذا اخذ الرشوة فقد بلغت به
الكفر اما جواز قبول الهبة من ذي رحم محرم او من رجل بينه وبين القاضي مهاداة قبل
القضا فلان الاول صلة والثاني يجري على العادة فلا يكره الا ان يزيد على ما قبل القضا والا
ان يقع لذي رحم محرم خصومة مع اخر فيكره الهدية حينئذ لانه للحكم فلا يحل والحاصل
هذا ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف اذا اهدي الى القاضي
هدية ان علم القاضي ان له خصومة لا يقبل لانه لو اخذه فقد اكل بقضايه وذلك حرام وان
علم ان لا خصومة له فالافضل له ان لا ياخذ لانه لا يخلو عن الشبهة وان اخذ لا باس به وان كان
بين القاضي وبين ذلك المهدي تهاد قبل القضا فاهدى اليه ان كانت الهدية على حسب
ما كان عليه قبل القضا فانه لا باس به وان كان زيادة على ذلك فالزيادة انما كانت لتقلده
القضا فلا ياخذ مقدار الزيادة وان كان بينهما سبب موجب للهدية كالقرابة فلا باس ان
يقبل منه ذلك وان لم يكن بينهما سبب موجب للهدية فلا ياخذ وقال الناصحي فان كانت
له خصومة لم يقبل منه هدية ايضا ما دامت له خصومة لانه يدخل عليه التهمة فان قبل
منه هدية بعد الخصومة لم يسقط عدالته لانه اهدى اليه حربا على افعاله الاولى لا للحكم
فلا يسقط عدالته وقال في شرح الاقطع والفرق بين الرشوة والهدية هو ان الرشوة ان يعطيه
بشرط ان يعينه والهدية ان لا يكون معها شرط **قوله** ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة هذا لفظ القدوري
في مختصره قال الطحاوي في مختصره ولا يجيب الدعوة الخاصة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا باس ان يجيب الدعوة الخاصة للقرابة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ذكر الطحاوي هذا الاختلاف ولم يذكر الاختلاف في قبول الهبة لانه قال يجوز قبول الهبة من ذي رحم
محرم ثم الدعوة العامة انما يحضرها القاضي اذا لم يكن المضيف احد الخصمين فاذا كان احدهما
فلا يحضرها وكذلك في عيادة المريض انما يعوده اذا لم يكن خصما فاذا كان فلا لان فيه ايذا
الخصم الاخر وتهمة الميل وبه صرح صدر الاسلام في مبسوطه وجملته ما قال شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي للخصاف ويجيب الدعوة اذا كانت دعوة العامة فان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يجيب الدعوة وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم وكان الصحابة
يجيبون الدعوة ولكن لا يجيب الدعوة الخاصة لانه ياكل بقضايه ولا ينبغي له ان ياكل بقضايه
لان الدعوة الخاصة مما يجري فيه الكلام من كل نوع وربما يجري شي من الخصومات فيتهمه الخصوم
في ان القاضي يتكلم بشي من خصومتنا في دار فلان ويفرق ما بين الدعوة الخاصة والعامة قالوا
ان كان خمسة نفر او ستة نفر الى عشرة فهي دعوة خاصة فان جاوز العشرة فهي دعوة عامة
والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم ان القاضي لا يحضره يمتنع من اتخاذ الدعوة
فان القاضي يجيب هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان كان بحال لو علم صاحب الدعوة
انه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع الدعوة ولا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة
فلا يجيبها القاضي لانه اذا كان صاحب الدعوة يمتنع من اتخاذ الدعوة اذا كان القاضي
يمتنع عن الحضور فهذه الدعوة اتخذت للقاضي فلو حضرها القاضي كان اكلا بقضايه ولا
ينبغي له ان ياكل بقضايه وان كان يتخذ الدعوة مع علمه ان القاضي لا يحضرها فهذه الدعوة
ما كانت لاجل القاضي فاذا حضر لا يكون اكلا بقضايه وهذا اذا لم يكن بين صاحب الدعوة

وبين القاضي قرابة او لم يكن بينهما هذه المباسطة قبل القضا فاما اذا كان بينهما قرابة
او كان بين القاضي وبين صاحب الدعوة هذه المباسطة قبل القضا فمتي اضافه يجيبه
القاضي ويكون ذلك محالا على السبب السابق لا على القضا لان امور المسلمين محمولة على
الصلاح والسداد ما امكن فلا يكون اكلا بقضا به **قوله** قال ويشهد الجنازة ويعود المريض
اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه امر مندوب اليه وليس فيه تهمة ايضا وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يشهد الجنازة ويعود المرضي وهو مقتدى الحكام قال تعالى
لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة **قوله** قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
وعد منها هذين اي عد من تلك السنة شهود الجنازة وعيادة المريض روي ابو ايوب
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيئا
منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات
ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحدث
البخاري في الصحيح في باب الامر باتباع الجنايز باسناده الي سعيد بن المسيب ان ابا هريرة
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حق المسلم على المسلم خمس رد السلام
وعيادة المريض واتباع الجنايز واجابة الدعوة وتشميت العاطس **قوله** ولا يضيف احد
الخصمين دون خصمه هذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ دون صاحبه وذلك
لما روي في الشامل وغيره عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله ان يضيف
الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الاضافة والخلوة يورث التهمة **قوله** واذا حضرا
سوي بينهما في الجلوس والاقبال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسار احدهما
ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة هذا كله لفظ القدوري رحمه الله والمراد من الاقبال تسوية
النظر من الجانبين وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا ابتلي احدكم
بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب
الي ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك
حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك قال المبرد في كتابه المسمى بالكامل
قوله آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك يقول سو بينهم وتقديره اجعل بعضهم
اسوة بعض **قوله** اي قول عمر في كتابته حتى لا يطمع شريف في حيفك اي في ميلك معه
لشرفه ولان في هذه الاشيا من مسارة احدهما والاشارة اليه والاقبال وتلقين الحجة
تهمة فيجب على القاضي ان لا يفعل شيا يودي الي التهمة ولان في ذلك اعانة لاحد
الخصمين وكسر قلب الاخر ثم الاشارة اما ان يكون بالراس او بالعين او بالحاجب
وكل ذلك منهي شرعا **قوله** ولا يضحك في وجه احدهما ذكره تفريعا على ما تقدم وكذا
قوله ولا يمازحهم ولا واحدا منهم قال في الشامل في قسم المبسوط ولو اعتراه هم او نعاس
او غضب او جوع او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضا لقوله عليه السلام لا
يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان ولانه يمنع كل واحد من هذه المعاني
عن القضا **قوله** قال ويكره تلقين الشاهد اي في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال يكره ان يلقن الشاهد قال فخر الاسلام
وغيره في شرح الجامع الصغير وتفسيره بان يقول له القاضي اتشهد بكذا وكذا وهذا قول

ابي يوسف

ابي يوسف اولا وهو القياس ثم رجع ابو يوسف عن هذا واستحسن ورخص في التلقين في غير موضع
التهمة كما اذا ترك لفظ الشهادة مثلا ذكر رجوع ابي يوسف في اشارات الاسرار لان القضاء
مشروع لاحيا حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القضا فكان في تلقينه
احيا الحقوق فصح كالاشخاص والتكفيل ولم يكن ذلك من جنس اعانة احد الخصمين بخلاف
ما اذا كان التلقين في موضع التهمة حيث يبطل ذلك لانه اعانة مثل ما اذا ادعى الفا وخمسماية
وشهد الشاهد بالالف والقاضي لقنه بقوله يحتمل انه ابرا عن الخمسماية فتلقن الشاهد ذلك
ووفق به فلا يجوز اتفاقا ولهما ان تلقين الشاهد اعانة لاحد الخصمين على الاخر وما دون
التلقين جانبه تهمة الميل حرام على القاضي فالتلقين اولى ان يحرم وصار كتلقين الخصم فلا يجوز ذلك فكذا
هذا ولان الشاهد اذا شهد بالتلقين كانت الشهادة بالتلقين لا بالعلم فلا تجوز لقوله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون ولقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ولانه اذا لقنه ربما يلقنه بخلاف ما عند الشاهد
فيظن انه مثل ما عنده فيشهد فلا يجوز ان يشهد بخلاف ما عنده **قوله** واستحسنه ابو يوسف تاخير
دليل ابي يوسف يدل على ان المصنف اختاره قوله **قوله** قد يحصر بالصاد المهملة من باب علم
اي يعني **قوله** بمنزلة الاشخاص يقال شخص من بلد الي بلد اي ذهب شخوصا واشخصه
غيره والمراد من الاشخاص وهو ارسال المرجل **فصل** في الحبس لما كان الحبس من انواع
حكم القاضي ذكره في فصل على حدة اعلم ان الحبس مشروع لقوله تعالى او ينفوا من الارض والمراد
منه الحبس عقوبة على قطاع الطريق وروي صاحب السنن مسندا الي رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قال عبد الله بن المبارك يحل عرضه اي
يغلظ له وعقوبته اي يحبس له وروي صاحب السنن ايضا باسناده الي معمر عن بهز
بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف
في ادب القاضي عن سلام بن مسكين ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث
اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم وروي في الفايق وغيره ان عليا رضي الله عنه
بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبته اللصوص ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ثم قال
الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا بابا حصينا واميرا كيسا وهذا دليل على
ان الحبس مشروع ومن جهة النظر ان القاضي منصوب لايصال ذوي الحقوق الي حقوقهم
فاذا امتنع المطلوب من ادا حق الطالب لم يكن بد للقاضي ان يجبره على ادا الحق للطالب
ولا خلاف بين الناس انه لا يجبره بالضرب فينبغي ان يجبر عليه بالحبس والمخيس موضع التخييس
وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الي الكيس المعروف به واميرا
اي ونصبت امينا يعني السجان كذا في الفايق **قوله** قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الحبس عقوبة لقوله عليه السلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والعقوبة لا تجب
على احد الا بمعنى يوجد من جهته ولم يوجد فلا يجب الحبس بخلاف ما اذا امتنع عن دفع
ما عليه حيث وجد منه الظلم بالمماطلة لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم فاستحق الحبس
قال صاحب الهداية وهذا اذا ثبت الحق باقراره يعني انما لم يعجل القاضي بحبس
الغريم اذا ثبت الدين بالاقرار لانه لا يتحقق المطل في اول مرة بخلاف ما اذا ثبت
بالبينة حيث يعجل بحبسه لان البينة انما يحتاج اليها عند الجحود وبجحود الحق يكون

ظالما فيلبسه نحو الحبس كما ثبت الحق قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعلى قول الخصاف
في البينة ايضا لا يحبسه في اول الوهلة وقال الامام ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي
للخصاف فاذا ثبت المال على المدعى عليه ببينة او اقرار فطلب المدعي حبسه تاني
القاضي فيه وامره ان يخرج اليه من حقه فان لم يفعل واعاده عليه يريد حبسه فان
القاضي يحبسه له الى هنا لفظ الخصاف بعينه في كتابه وقال الناصحي وانما قلنا انه يتانى
لان الحبس عقوبة فلا يعجل بالعقوبة قبل ان يظهر الامتناع ولانه يعلمه بما يريد ان يمضي
عليه اذ لم يوخ فلعله يودي من غير حبس فيكون احسن كما قلنا في النكول انما يعلمه بما
يريد ان يمضي عليه فان لم يفعل واعاده حبسه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته وفي بعض الروايات مطل الغني ظلم يحل عرضه
وعقوبته الى هنا لفظ الناصحي في كتابه وقال الصدر الشهيد وهذا مذهبنا وكان شريح
يحبس بالاقرار مرة احتياطا لاموال الناس قال في الاجناس قال في كتاب كفالة الاصل
قال ابو حنيفة ينبغي للامام ان يحبس في الديون قرضا كان او غصبا او ثمن مبيع او مهرا
لكن لا يحبسه في اول ما يقدم اليه ويقول له قم فارضه فان عاد اليه حبسه وهو قول
ابي يوسف ومحمد ثم سال بعد حبسه عن حاله ثم الدين اذا ثبت فالقاضي لا يسال المدعي
الله مال ام لا بل اذا ثبت الدين يحبسه لكن اذا ثبت الدين بالبينة يحبسه في اول وهلة
واذا ثبت بالاقرار يحبسه اذا ظهر تعنته بان اعيد الى مجلسه ثانيا ولا يسال المدعي
الله مال الا اذا ادعى المديون العسار وطلب من القاضي ان يسال المدعي فحينئذ يسال
المدعي فان زعم المدعي انه معسر لا يحبسه وان زعم انه موسر وزعم المديون انه معسر
ففيه اختلاف المشايخ سنذكره بعد هذا ان شا الله تعالى وقال الناصحي في تهذيب ادب
القاضي قال الخصاف والصواب عندنا ان لا يحبسه حتى يسال الله مال فان اقر حبسه
وان قال لا قال للطالب الك بينة على ان له مالا حتى يحبسه وهو قول الحسن بن زياد
ثم قال الناصحي قال الشيخ ابو بكر الجصاص ان الذي ذكره الخصاف انه لا يحبسه حتى يسال
عنه لا نعرفه عن اصحابنا والمشهور من مذهبهم حبسه قبل المسيلة عن افلاسه ولا يكلف
الطالب اثبات غناه حتى يحبس وانما يحبسه اولا لانه موسر الا في المهر والكفالة لانه
لم يدخل بدل متقوم في ملكه ولان ما يحصل بعقد المداينة والغصب او القرض في يده في
الظاهر الى ان يعرف زواله ولم يعرف زواله فحكم بانه في يده قادر على ادايه واما في
المهر والكفالة فلم يدخل شي متقوم في ملكه فلم يحكم بقدرته على ادايه قال الناصحي قال
ابو بكر الجصاص الذي ذكره الخصاف من الفرق بين المهر والكفالة وساير الديون لا نعرفه
عن اصحابنا لان الزوج والكفيل بالدخول في العقد مقر بقدرته على اداما التزمه فصار
كساير الديون في وجوب الحبس به **قوله** في اول الوهلة يقال لقيته اول وهلة اي
اول كل شي **قوله** قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن
المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة اي قال القدوري في مختصره فان امتنع الغريم عن
ادا ما عليه حبسه القاضي في كل دين وجب عليه بدلا عن مال حصل في يده كثمن
المبيع والقرض او وجب عليه بعقد التزمه كالمهر والكفالة ولكنه انما يحبسه اذا طلب
المدعي ذلك الا ترى الى ما قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا يحبسه

عندنا

١٥٢

عندنا في الاقرار والبينة الا عند طلب المدعي وقال شريح يحبسه من غير طلبه والصحيح
مذهبنا لان الحبس حق المدعي فلا يستوفي الا عند طلبه كاليمين قال الشيخ ابو نصر البغدادي
هذا الذي ذكره القدوري رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك ولا يقبل في الاعسار
ثم قال وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان بدلا عن مال حصل في يده خاصة
ولا يحبس فيما سوي ذلك والاصل في ذلك ان الاصل في الانسان الفقر والغنى طارى
فوجب استصحاب الحال حتى يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا عن مال فقد علم
حصول الغنى به فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله فلهذا لم يصدق
في الاعسار وصار انتساعه ظلما فحبس لاجله واما ما التزمه بعقد فوجه ما قاله ابن شجاع انها
حقوق التزمها بعقد والظاهر انه لا يلتزمها الا وهو قادر على ادايها فاذا ادعى الاعسار يريد
اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله ويحبس ووجه ما ذكره الخصاف ان الحبس عقوبة تستحق
بالامتناع مع الغنى فلا يجوز اثباتها بالظاهر كساير العقوبات فلا يقبل وحاصل المذهب
عندنا ان القاضي لا يسال المدعي الله مال ام لا الا اذا ادعى المديون بالاعسار فحينئذ
يساله فان قال المدعي انه معسر خلى سبيله وان قال انه موسر وقال المديون اني معسر
ففيه اختلاف المشايخ وراي الخصاف ان القول قول المديون لانه متمسك بالاصل
اذ العسر اصل في بني ادم والغنى عارض وقيل ان كان الدين وجب عليه بدلا عن
مال كثمن متاع او بدل قرض فالقول قول المدعي وان كان بدلا عما ليس بمال كالمهر
ونحوه فالقول قول المدعى عليه ونسب الخصاف هذا القول في ادب القاضي الى ابي
حنيفة وابي يوسف لانه اذا كان الدين بدلا عما هو مال فقد عرف دخول شي في ملكه
وقدرته على قضا الدين بما دخل في ملكه فكان القول قول المدعي واذا كان بدلا عما ليس
بمال لم يعرف دخول شي في ملكه وقدرته على قضا الدين فبقي متمسكا بالاصل انه معسر
فيكون القول قوله والرواية محفوظة في كتاب العتاق ان احد الشريكين في العبد اذا اعتق
وزعم انه معسر كان القول قوله لان هذا الضمان وجب عليه لا بمقابلة شي دخل في ملكه
وقال والرواية محفوظة في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت
نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج لان
السبب الذي وجب به النفقة دينا في ذمته لم يدخل في ملكه شي بذلك السبب
فبقي متمسكا بالاصل وقال الفقيه ابو جعفر الهندواني ان كان الدين لزمه بمباشرة العقد
فالقول للمدعي وان كان الدين لزمه حكما لا بمباشرته العقد فالقول للمديون فان الدين متى
لزمه بمباشرته فالظاهر من حال الانسان انه لا يشرع في امر لا يقدر عليه ولا يمكنه الوفا
به فيكون ذلك دليلا على انه قادر على القضا فاذا ادعى انه عاجز لا يقبل قوله فاما اذا
كان الدين لزمه حكما لا بمباشرة عقد من جهته فلم يوجد دلالة على انه قادر على قضا الدين
فكان القول قوله في مسيلة العتاق ومسيلة النفقة بسبب النكاح لان ذلك ليس بدين
بل هو صلة فان النفقة تسقط بالموت ومن العلما من قال يحكم فيه الزي ان تزيى بزي الفقرا
كان القول قول المديون وان تزيى بزي الاغنيا كان القول قول الطالب لان ذلك علامة
ودليل الا في حق العلوية والفقها فانهم يتكلفون في لباسهم حتى لا يذهب ماء وجههم
مع حاجتهم فلا يكون الزي دليلا وعلما على اليسار في حقهم فان كان على المطلوب زي

الفقر او ادعي الطالب انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنيا قبل ان يحضر مجلس القاضي فان
القاضي يسال البينة ان اقام البينة علي انه ان كان عليه زي الاغنيا قبل ذلك سمع
منه البينة ويجعل القول قوله وان لم يمكنه اقامة البينة يحكم زيه في الحال ويجعل القول
قول المطلوب كذا في شرح ادب القاضي **قوله** والمراد بالمهر معجله دون موجلة وذلك
لان العادة جارية بتسليم المعجل فكان الاقدام علي النكاح دليلا علي القدرة والوفا بالمعجل فلا يقبل
قوله انه معسر قال فخر الاسلام البزدوي هذا في المعجل فاما اذا طلبت المراة المؤجل
في المهر بعد ما بني بها فان القول قول الزوج في عسرته لانه لا دلالة ههنا علي القدرة منه
علي ادايه فاما في النفقة فان القول قول الزوج في انه معسر في تقدير النفقة **قوله** قال
ولا يحبسه فيما سوي ذلك ظ اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا اي قال
القدوري في مختصره لا يحبس القاضي الغريم اذا قال اني فقير في غير ما وجب عليه بدلا
عن مال او التزمه بعقد الا اذا اثبت المدعي ان له مالا فحينيذ يحبس وانما لا يحبسه
فيما سوي ذلك من بدل الغصب وارش الجناية ونفقة الزوجات لان الاصل في بني
ادم هو الفقر ولم يوجد دليل الغنا فلم يستحق الحبس الذي هو العقوبة لعدم الظلم بخلاف
ما اذا اثبت بالبينة ان له مالا حيث يجب حبسه لوجوب الظلم قال عليه السلام مطل
الغني ظلم اما اذا اقام المدعي البينة علي اليسار واقام المدعى عليه البينة على الاعسار
فالبينة بينة المدعي كذا في الذخيرة لانهم شهدوا بامر لم يعرفه شهود المديون **قوله**
ويروي ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك اي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك
وهذا قول الخصاف وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** ويروي ان القول له اي لمن عليه الدين
الا فيما بدله مال يعني ان القول فيما بدله مال للمدعي ونسب الخصاف هذا القول
الي ابي حنيفة وابي يوسف وقد مر بيانه **قوله** والمسيلتان توبدان القولين
الاخرين واراد بالمسيلتين مسيلة النفقة ومسيلة اعتاق العبد المشترك ففيهما
القول قول الزوج والمعتق في الاعسار واراد بالقولين الاخرين **قوله** ويروي ان القول
لمن عليه الدين في جميع ذلك وقوله ويروي ان القول له الا فيما بدله مال **قوله** والتخريج
علي ما قال في الكتاب اي تخريج مسيلة الانفاق والاعتاق علي ما قال في مختصر القدوري
حيث جعل القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد ومع وجود الالتزام لم يكن القول للمدعي
في المسيلتين فاجاب عنه وقال ان النفقة ليس بدين مطلق بل هو صلة يسقط بالموت
فلو كان دينا مطلقا لم يسقط الا بالادا او بالابرا وكذلك الاعتاق فان المريض اذا اعتق
في مرض موته عبدا مشتركا لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة فاذا لم يكن دينا مطلقا
لم يستدل بوجوبه وثبوته علي انه قادر علي القضا بخلاف الديون المطلقة فانه لما التزمها
دل ذلك علي انه قادر علي القضا فاذا ادعي العجز بعد ذلك لا يسمع **قوله** او ثبت ذلك
بالبينة فيما كان القول قول من عليه اي ثبت المال بالبينة فيما كان القول قول
المديون اي في غير ما وجب بدلا عن مال او التزمه بعقد كما في بدل الغصب وارش
الجناية **قوله** يحبسه شهرين او ثلثه هذا رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة
والكفالة وروي الحسن عن ابي حنيفة ان التقدير فيه باربعة اشهر علي قياس مدة
الايلا وذكر الطحاوي ان التقدير فيه بشهر لان ما زاد علي الشهر في حكم الاجل وما دون

الشهر

١٥٣

الشهر في حكم العاجل فصار ادني الاجل شهرا والاقصي لا غاية له فقدره بشهر واحد هكذا ذكر اختلاف
الرواية شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي ثم قال فيه والحاصل انه ليس فيه شي
موقت مقدر لازم بل الامر مفوض الي راي امر القاضي فان مضي اربعة اشهر ووقع له انه
متعنت يستديم حبسه وان كان دون ذلك بان كان شهرين او شهرا دونه ووقع
انه عاجز لا مال له اطلقه من السجن وقال الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي قال
شمس الايمة الحلواني ما قاله الطحاوي ارفق الاقاويل وقال الناصحي في تهذيب ادب
القاضي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يحبسه شهرين او ثلثه وعلي رواية
محمد قدر فيه اربعة اشهر وعلي رواية الحسن ستة اشهر ثم قال وهو موقوف علي راي
القاضي وقال في شرح الاقطع وفي رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الي ستة اشهر ثم
قال والتقدير في هذا غير معتبر وهو مردود الي راي القاضي والمقصود بالحبس ان
يضجر فيظهر مالا ان كان له مال وهذا امر يختلف باختلاف الناس فتوقف علي اجتهاد
القاضي فيه وقال في خلاصة الفتاوي وفي رواية الطحاوي ستة اشهر ولنا فيه نظر **قوله**
ثم يسال عنه اي يسال القاضي بعد الحبس عن حال المحبوس جيرانه واهل الخبرة بذلك انه
موسر او معسر قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير فاذا شهد عنده شاهدان
من اهل الشهادة انه موسر قادر علي قضا الدين ابدا الحبس لظلمه وان قالا انه معسر
ضيق الحال كثير العيال اطلقه لقوله تعالي وان كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة فان
راي القاضي ان يسال قبل انقضا مدة الحبس فله ذلك ثم البينة علي الافلاس تقبل بعد
حبسه بالاجماع اما اذا اقامت البينة علي اعساره وافلاسه قبل الحبس ففيه روايتان
في احدي الروايتين تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي رواية
اخري لا تقبل ما لم يحبس وعليه عامة المشايخ واليه ذهب شمس الايمة السرخسي في
شرح ادب القاضي وهو الاصح **قوله** ليفيد هذه الفايدة اراد بهذه الفايدة ظهور ماله
لو كان **قوله** ويروي غير ذلك اي غير الشهرين او الثلثة **قوله** لاختلاف احوال الناس
فيه اي في الحبس لان بعض الانسان يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر الاخر في مدة
كثيرة فكان الراي في ذلك الي القاضي **قوله** فان لم يظهر له مال خلي سبيله هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يحول بينه وبين غرمايه قال صاحب الهداية
يعني بعد مضي المدة اي خلي سبيله بعد مضي المدة التي راها القاضي او اختارها علي ما
اختار بعض المشايخ كالشهر ونحو ذلك والمفهوم من كلام صاحب الهداية اعني من قوله
بعد مضي المدة انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي
وقالوا اذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس لان الله تعالي قال وان كان ذو عسرة
فنظرة الي ميسرة وقال الله عز وجل لا يكلف الله نفسا الا وسعها ثم اذا خلي سبيله بعد ثبوت
افلاسه هل يمنع القاضي صاحب الحق ملازمته ام لا وعلي ظاهر الرواية لا يمنع وقال
الناصحي في تهذيب ادب القاضي قال بن كاس في ادب القاضي قال ابو يوسف ومحمد
اذا صح انه معسر فلا سبيل الي لزومه وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي
للخصاف وعلي قول اسماعيل بن حماد ليس للمدعي ان يلازمه ولكن ياخذ المدعي من
الخصم كفيلا لان مال الله غاد ورايح وربما يظهر له مال فلو لم ياخذ منه كفيلا لفوت ذلك

مطلب

المال ويخرج من يده فلا يتوصل المدعي الى حقه كما في الابتدا اذا ادعى عليه حقا له ان ياخذ منه
كفيلا يمكنه الوصول اليه بكفيله واذا امتنع عن اعطا الكفيل في الابتدا فانه يلازمه كذا ذكره هنا
يطالبه بالكفيل كان ابي يلازمه وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قال فنظرة
الى ميسرة ولانه لما لم يقدر لم يلزمه الاداء في الحال فصار كالديون المؤجلة ووجه الظاهر
قوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان فسروا اليد بالملازمة واللسان بالتقاضي
وكان نص الاعسار لا يوجب اسقاط الحق على المطلوب والجواب عما قال ابو اسماعيل ان
الغريم لو امتنع من اعطا الكفيل كان للمدعي ان يلازمه ولو لم يكن له حق الملازمة لم يلازمه
اذا امتنع من اعطا الكفيل كما في الدين المؤجل اذا اجله صاحب الدين لم يكن له ان يلازمه
قوله وهذا كلام في الملازمة اي قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم القاضي عن ملازمة
المديون كلام في ان للغرما ولاية الملازمة للمديون بعد تخليته من الحبس اما لا نفيه اختلاف
والمراد من الملازمة الطواف معه اي طاف حتى ياخذوا فضل كسبه لا المطالبة وهذا هو
الجواب عن احتجاجهما بالاية اعني عن قوله تعالى فنظرة الى ميسرة اي نظرة في المطالبة
قوله وسنذكره في كتاب الحجر اي في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ولا يحول بينه
وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع والتصرف والسفر
الى قوله وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا **قوله**
وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسال عنه وانما ذكر رواية
الجامع الصغير دفعا لوهم التناقض بين روايته ورواية القدوري وهذا لانه روى لفظ
القدوري في اول الفصل بقوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس
غريمه لم يعجل بحبسه ثم قال وهذا اذا ثبت الحق باقراره ولفظ الجامع الصغير يدل على
جواز الحبس متصلا بالاقرار فبينهما وهم التناقض فدفع ذلك الوهم بقوله ومراده اذا
اقر عند غير القاضي وعنده مرة فظهرت مماطلته يعني مراد محمد فيما اذا ثبت الحق بالاقرار
ثم ثبتت المماطلة فترافعا الى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الاقرار فاندفع ذلك الوهم
قوله والحبس اولا ومدته قد بيناه اي الحبس المذكور اولا قبل السوال في الجامع الصغير في
قوله يحبسه ثم يسال عنه قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري عند قوله يحبسه
شهرين او ثلثة ثم يسال عنه وبينا مدة الحبس ايضا مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة
الى الاعادة **قوله** قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اي قال القدوري في مختصره وقال
شمس الايمة في شرح كتاب النفقات للخصاف فان فرض لها القاضي فسالت حبسه
بذلك لم يحبسه القاضي لان الحبس عقوبة فلا يستحق الا بالظلم وذا لا يظهر الا بالمنع بعد
الوجوب ولم يوجد فان قدمته في اليوم الثاني وطلبت حبسه حبسه القاضي لانه ظهر
ظلمه فيحبس وان كان مقدار النفقة يسيرا بان كان درهما او دانقا اذا راى القاضي ذلك
قوله ولا يحبس والد في دين ولده هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا اذا
امتنع عن الانفاق عليه وذلك لان الحبس عقوبة والاب لا يستحق العقوبة لاجل ولده كالحدود
والقصاص يؤيده قوله تعالى ولا تقل لهما اف بيان لان التافيف واما اذا امتنع من الانفاق
على ولده يحبس دفعا للهلاك عن الولد ولانه لا يمكن تداركه الا بالحبس لانه يسقط بمضي
الزمان وليس هذا كسائر الديون التي لا تسقط بمضي الزمان ونظيره ما قالوا في المراة اذا

امتنعت

امتنعت من الوطء تضرب لانه معنى يفوت بمضي الزمان ولا يمكن استدراكه الا بالضرب
ويختم الفصل بمسيلة ذكرها في الفتاوى الصغرى المحبوس اذا سال عنه القاضي بعد ما
مضى زمان فاخبر انه موسر ابدا لحبس وان اخبر انه معسر خلى سبيله وخبر الواحد العدل
الثقة يكفي والاثنان احوط ولا يشترط لفظة الشهادة ونقلها عن باب الحبس من كفالة
شيخ الاسلام خواهرزاده . **باب** كتاب القاضي الى القاضي لما كان كتاب القاضي
الى القاضي من انواع ما يتعلق بالقضا ذكره في باب على حده ولكنه اورده عقيب
فصل السجن لان ذلك يتم بقاض واحد وهذا يتم باثنين والواحد قبل الاثنين **قوله**
قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده اي قال القدوري
في مختصره واراد بالحقوق التي تثبت مع الشبهات ولا يحتاج الى الاشارة اليه وقوله
شهد على صيغة المبني للمفعول والضمير في به راجع الى كتاب القاضي وفي عنده راجع
الى القاضي المكتوب اليه قال في الاجناس قال في ادب القاضي الاصل لا تكتب
القاضي الى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبيد والدابة والثوب ويكتب في العقار ويسمع شهادة
الشهود على ذلك اذا بين حدودها الاربع وقال ابو حنيفة لو كتبت في العبد لكتبت
في الناقة وفي الحمار وفي هذين الا اكتب فكذلك في العبد وفي جعل الابق قال ابو
يوسف اكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم وقال ابو يوسف في ادب القاضي
املا رواية بشر بن الوليد في الجارية يكتب الى هنا لفظ كتاب الاجناس وقال الصدر
الشهيد في شرح ادب القاضي روي عن ابي يوسف في النوادر انه قال يجوز في جميع العروض
وبه اخذ مشايخنا المتاخرون وقال في شرح الطحاوي وقال ابن ابي ليلى يقبل في جميع ذلك
اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا لتعامل
الناس والاصل في جواز قبول كتاب القاضي الى القاضي ما روى الامام ابو بكر احمد بن
عمرو الخصاف في ادب القاضي قال حدثنا عبيد الله بن محمد قال حدثنا عيسى
بن يونس عن عبيدة عن ابراهيم النخعي قال كتاب القاضي الى القاضي جائز وقال
الخصاف حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن الحسن بن صالح عن عيسى بن ابي عزة
عن عامر الشعبي انه كان يجيز الكتاب المختوم يرد من القاضي ولان الكتاب يقوم
مقام الخطاب بدليل كتاب الله تعالى وقيل كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى الملوك وقام مقام الخطاب في اللزوم ولزمنا وامر الله تعالى ولو ان قاضيا
قال لقاض اخر ان هولا الشهود شهدوا عندي بكذا فانه يقبل ويقضي به اذا كان
في موضع ينفذ قضا كل واحد منهما فيه فكذلك هذا وانما قلنا انه يجوز ان يسمع البينة
مع غيبة المدعى عليه لان القاضي يسمع هذه الشهادة لينقلها الى القاضي الثاني لا
للقضا بها فجاز مع غيبته كالشهادة على الشهادة تجوز مع غيبة المشهود عليه
كذلك هذا ولان الضرورة داعية الى قبول الكتاب لانه يجوز ان يكون شهود صاحب
الحق في موضع والمدعى عليه في موضع اخر ولا يمكنه الجمع بين الشهود والمدعى عليه
فيضيع الحق فلاجل هذه الضرورة جوزنا كتاب القاضي الى القاضي لكن بشرط ان يكون
مختوما معنونا في داخله وخارجه مع شرايط اخر نذكرها بعد قال الخصاف
في ادب القاضي حدثنا الحكم بن مروان الضرير قال حدثنا الحسن بن صالح بن

حسبي الله ونعم … من الكتب التي وقفها الفقير الى الله ربه … محمد المدعو …

حي عن عيسى عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة وقال الخصاف ايضا حدثنا
عبدالله بن محمد قال حدثنا معاذ بن معاذ عن عمرو بن ابي زايده او غيره قال جينا بكتاب من
قاضي الكوفه الي اياس بن معاوية جيت وقد عزل اياس واستقضي الحسن فدفعت كتابي
اليه فقبله ولم يسالني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل
من اهل البصرة بخمسماية درهم فقال لرجل يقوم على راسه اذهب بهذا الي زياد فقل له ارسل
الي فلان بن فلان فخذ منه خمسماية درهم وادفعها الي هذا فذهب بي ففعل **قوله** على ما تبين
اشارة الي قوله بعد هذا المسايل الحاجة الي اخره **قوله** فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم
وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه الي هنا لفظ القدوري رحمه الله وذلك لان الشهادة
لا تقبل الا على خصم فاذا كان الخصم حاضرا حكم عليه لوجود الحجة وكتب بحكمه الي القاضي وهذا
الكتاب يسمى سجلا واذا لم يكن الخصم حاضرا يسمع الشهادة ولا يحكم بها ويكتب بما يسمعه من
الشهادة الي القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب اليه بذلك اذا ثبت عنده انه كتاب القاضي
الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا الكتاب الي القاضي يسمى الكتاب الحكمي لانه يكتب
ليحكم به القاضي المكتوب اليه **قوله** ويختص بشرايط اي يختص كتاب القاضي بشرايط
وهو ان يكون الكتاب من معلوم الي معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم اعني ان يكون القاضي
الكاتب معلوما والقاضي المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعي معلوما والمدعى
عليه معلوما **قوله** وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها
اي في العبد دون الامة فمست الحاجة الي قبول الكتاب في العبد دون الامة **قوله** وعنه
انه يقبل فيهما اي في العبد والامة وهي رواية بشر بن الوليد وقد مر انفا **قوله** بشرايط
تعرف في موضعه وموضعه كتاب الاباق من المبسوط واراد بها بيان حلية العبد وصفته
ونسبه الذي اخذه ويختم في عنقه واخذ الكفيل وحاصله ما قال في شرح الطحاوي وانما
يقبل كتاب القاضي الي القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج الي الاشارة اليه كالدار والعقار
واما المنقول الذي يمكن الاشارة اليه لا يقبل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف مثل
ذلك الا في العبد الابق اذا ابق فاخذ في بلده فاقام صاحبه البينة عند القاضي ان
عبده اخذه فلان في مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيجب عليه ان يكتب الي ذلك
القاضي انه قد شهد الشهود عندي وزكوا ان عبدا صفته كذا اخذه فلان بن فلان وانه
لفلان بن فلان ونسبهما الي ابيهما والي فخذهما ويقطع الشركة بينه وبين الاخر ويكتب
العنوان في الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب اليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج
فاذا جا الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم في عنقه واخذ منه كفيلا ثم
يبعث به الي القاضي الذي كتب اليه حتى يشهد الشهود عليه بعينه عنده ثم يكتب له
كتابا اخر على ذلك الي القاضي الذي كتب اليه اول مرة فاذا ثبت عنده قبله وقضى
به وسلم العبد الي الذي جاء بالكتاب وابرا الكفيل الي هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا
الكتاب بهذه الشرايط يكتب كذلك في الامة ايضا على رواية قبول الكتاب في
الامة وهو معنى قوله يقبل فيهما بشرايط تعرف في موضعه قال في خلاصة الفتاوى
ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب اليه ونسبه ولكن

كتب الي من يبلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وابو يوسف وسع واجاز
وعليه عمل الناس اليوم واجمعوا انه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب والي كل من
يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز وان كل قاض وصل اليه عمل به ولو
لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وان كتب فيه التاريخ ينظر هل هو كان قاضيا في
ذلك الوقت ام لا ولا يكتفى بالشهادة ما لم يكن مكتوبا وكذا كونه كتاب القاضي لا يثبت
بمجرد شهادتهم بدون الكتاب وكذلك لو شهدوا على اصل الحادثه ولم يكن مكتوبا
لم يعمل به الي هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الطحاوي وكتاب القاضي الي القاضي
في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جايز الا في الحدود والقصاص لا تقبل
وقال في خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي الي القاضي في المصرين او من قاضي مصر
الي قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي الرستاق الي قاضي مصر وقد كتبت هذه المسايل
تكثيرا للفوايد **قوله** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين اي قال
القدوري في مختصره اي لا يقبل القاضي المكتوب اليه الا بحجة تامة وهي شهادة رجلين
او رجل وامراتين قال في شرح الطحاوي اذا اتى كتاب القاضي الي القاضي فانه لا يقبل
حتى يشهد الشهود انه كتابه وخاتمه وانه قراه عليهم وشهدوا على اسمه ونسبه ثم يقراه
على الشهود بمحضر من المكتوب له وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا
شهدوا انه كتابه وختمه جاز ولم يشهدوا على ما في جوفه وكذلك على هذا الاختلاف
قال ابو يوسف في الامالي اذا لم يكن الكتاب مختوما لم تجز عند ابي حنيفة سوا شهد
الشهود او لم يشهدوا وعند ابي يوسف ان شهدوا على ما فيه جاز والا فلا الي هنا لفظ
شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع وقد كان الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة
والصحيح ما قلنا لان الخط يشتبه الخط فلا يؤمن من التزوير على القاضي فيحتاط في ذلك
بالشهادة ولان القاضي لا يعمل بخط نفسه اذا وجده في قمطره وتحت ختمه اذا لم
يتذكره فلان لا يعمل بخط غيره بالحجة اولى واحرى فلما كانت الشهادة واجبة قلنا
انه حق لا يسقط بالشبهة وهو مما يطلع عليه الرجال فيشترط فيه رجلان او رجل وامراتان
كما في ساير الحقوق **قوله** بخلاف رسول القاضي الي المزكي ورسوله الي القاضي اي ورسول
المزكي الي القاضي يعني يقبل بثه بلا اشتراط الحجة لان التزكية ليست بملزمة لان
الالزام يكون بالشهادة لا بالتزكية وانما شرعت التزكية لرجحان جانب الصدق على
جانب الكذب فلا يكون ملزمه شيا الا ترى انه لو قضى بدون التزكية جاز وكذلك
كتاب اهل الحرب ليس بملزم ولا يشترط الحجة في قبوله لان الامام بالخيار ان شا اعطى
الامان وان شا لم يعطه وكتاب القاضي ملزم فانه يجب على القاضي ان ينظر
وان لم يعمل به كذا قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي **قوله** قال ويجب
ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم يعني يجب على القاضي الكاتب ان يقرا الكتاب
على الشهود حتى يقع لهم المعرفة بما فيه لان علم الشهود بما في الكتاب شرط عند
ابي حنيفة ومحمد وحصول العلم لهم بطريقين اما بالقراة عليهم او باخبار ما في
الكتاب ثم يختم الكتاب بحضرة الشهود ويسلم الكتاب الي الشهود وهذا رواية

القدوري وهو خلاف ما ذكر في ادب القاضي لانه قال ثم يدفع الكتاب الي الطالب وهو المدعي
الا ترى الي ما قال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وهو لفظ الخصاف
ايضا في كتابه ويقرا الكتاب علي الشهود الذين يشهدهم عليه ويدفع اليهم نسخة يكون
معهم ويختم الكتاب بحضرتهم ويشهدهم ان هذا كتابه الي فلان ابن فلان قاضي بلد كذا وهذا
خاتمه ثم يدفع الكتاب الي الطالب وان قرا الكتاب عليهم وهم لا يحفظون ما فيه وليس نسخته
معهم ولم يختمه بحضرتهم لم يجز ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز وان لم
يقرا عليهم ولم يشهدوا بما فيه بعد ان يشهدوا ان هذا كتابه وخاتمه ويقبله القاضي الثاني
الا ترى ان الخلفاء يقبلون كتب القضاة بغير بينة ثم قال الناصحي وقول محمد مثل قول
ابي حنيفة هكذا ذكره ابن كاس في ادب القاضي وابو بكر الرازي وقول ابن ابي ليلى
مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ومحمد انهم يشهدون بما في الكتاب ولا
يعلمونه فلم يجز قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولان الحكم متعلق بما في
بطن الكتاب فوجب ان يشهدوا عليه ووجه قول ابي يوسف وابن ابي ليلى
انهم يشهدون علي الكتاب والختم وهو معلوم لهم فجازت شهادتهم وان لم يعلموا ما فيه
كما لو اشهدوا علي صرة ولم يعلموا وزن ما فيه فانه يجوز ولان باطن الكتاب موضع
سر الحكام ولا يطلعون عليه غيرهم فاذا شهدوا بالكتاب والختم كفى قال صاحب الهداية
واختار شمس الايمة السرخسي قول ابي يوسف واجمعوا في الشهادة علي الصك ان علم ما فيه
شرط لصحة الشهادة قوله قال ابو يوسف اخرا شي من ذلك ليس بشرط انما قيد بقوله
اخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ان علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرتهم
شرط قوله قال واذا وصل الي القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وذلك لان المقصود
من سماع الكتاب وقبوله الحكم بما فيه علي غير خصم فيشترط حضور الخصم وليس كذلك
سماع القاضي الكاتب شهادة الشهود حيث يجوز بغير خصم لان المقصود نقل الشهادة
لا الحكم كتحمل شهود الفرع شهادة الاصول قال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله
من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم يقع
بعد ذلك بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال الامام ابو محمد
الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي واذا ورد الي القاضي كتاب قاضي
بحق علي رجل جمع بين الذي جا بالكتاب وبين خصمه ثم يدعوه بالكتاب والشهود
الذين يشهدون علي الكتاب لان هذه شهادة يقع القضا بها فلا تسمع علي غير خصم
كالشهادة علي الشهادة لا تسمع الا علي خصم فان شهدوا ان هذا كتاب فلان وختمه ساله
هل قرا عليكم الكتاب وختمه بحضرتكم فان شهدوا علي ذلك قبله وان قالوا لم يقراه
علينا ولكن ختمه بحضرتنا لم يقبله وكذلك لو قالوا اقراه علينا ولم يختمه بحضرتنا لم يقبله
وقال ابو يوسف يقبله في ذلك كله ولو كان العنوان من فلان بن فلان او من ابي فلان
الي ابي فلان لم يقبله لان مجرد الاسم ومجرد الكنية لا يقع التعريف به فاذا لم يعرف انه
المكتوب اليه لم يقبله وليس كذلك الي قاضي بلد كذا لان قاضي بلد كذا يكون واحدا
في الاغلب فقد عرفه باضافته الي بلدته ولا يلزم ايضا اذا كتب الي قضاة المسلمين
فانه يقبل لانه كتب الي كل قاض وههنا كتب الي واحد وهو مجهول وقال ابو يوسف

يقبله

يقبله اذا شهد الشهود انه كتاب فلان القاضي ببلد كذا اليك لانه عرف الكتاب اليه بقوله الي
قاضي بلد كذا وعرف المكتوب اليه بالاشارة اليه الا ان يكون الكنية مشهورة مثل كنية
ابي حنيفة يعني يقبل حينئذ لان المقصود وهو التعريف يحصل بدون الاسم والنسبة قال
ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي وكذلك النسبة الي ابيه مثل عمر بن الخطاب
وعلي بن ابي طالب لان الغرض منه التعريف وقد حصل وذكر ابو علي عن ابي يوسف
انه ان كتب من ابن فلان الي ابن فلان لم يجز وان كان مشهورا مثل ابن ابي ليلى وابن شبرمة وذكر
ابن كاس في ادب القاضي ذلك في نسخة ابي سليمان يجوز وفي شرح ادب القاضي لابن
كاس الذي شرحه ابو علي السمرقندي ان الكنية لو كانت مشهورة مثل ابي حنيفة يقبل علي
رواية ابي سليمان ولا يجوز في ساير الروايات لان الناس يشتركون في الكنى الا ان احدهم
يشتهر به فالمكتوب اليه لا يعرف ان الكاتب هو الذي اشتهر بهذه الكنية او غيره فلا يقبل
قال محمد بن الحسن لو كان علي الكتاب اسماهما واسما ابائهما ولم يكن ذلك في داخل الكتاب
لم يقبله وذكر ابو علي قال ابو يوسف اذا اتي بكتاب القاضي الي قاض غيره وليس
عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فانه يقبله اذا شهدوا علي الكتاب والخاتم فان لم يكن داخل
الكتاب اسم القاضي واسم المكتوب اليه وكان فيه اسماهما وليس فيه اسما ابائهما
وكتب اسم القاضي ونسبه الي جده في عنوانه ولم يكن داخل الكتاب اسماهما وكناهما لم يقبله
كذا ذكر الناصحي قوله لم يقبله الا بحضرة الخصم اي لم ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب الا بمحضر
من الخصم وهو المدعى عليه وفي بعض النسخ لم يفكه بالكاف من الافتكاك قوله واذا سلمه الشهود
اليه نظر الي ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا
وختمه فتحه القاضي وقراه علي الخصم والزمه ما فيه اي قال القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه
قبله ولا حاجة الي اعتبار قراة القاضي الكاتب علي الشهود لانهم لما شهدوا ان الكتاب كتابه
والختم ختمه ثبت انه كتاب القاضي الكاتب فاذا قراه عرف ما فيه وجه قولهما ان الشهادة
بما في الكتاب فاذا لم يعرف الشهود ما في الكتاب لم تقبل شهادتهم واما اعتبار الختم
بحضرة الشهود فلانه لا يومن ان تزاد فيه فلم يجز ان يشهدوا بالشك قوله علي ما مر اشارة
الي ما قال قبل هذا وقال ابو يوسف اخرا شي من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم
ان هذا كتابه وخاتمه قوله ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح اي لم يشترط القدوري
في مختصره العدالة بفتح الكتاب لانه قال فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا فعلم انه لم يشترط
العدالة قال صاحب الهداية والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره
الخصاف قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف واذا شهد الشهود
علي الكتاب وعلي خاتم القاضي وهو كتاب صحيح فان كان القاضي يعرف الشهود الذين شهدوا
علي الكتاب بالعدالة فك الخاتم بمحضر من الطالب والمطلوب ويعمل بما فيه وينفذه
وذلك لانهم لو شهدوا علي الحق وقد عرفهم القاضي بالعدالة عمل بهم ايضا ولا يحتاج
الي ان يسال وذلك لان السوال انما يكون لظهور العدالة فاذا كان ظاهر العدالة
فلا حاجة الي السوال في هذا الموضع وان كان لا يعرفهم بالعدالة لم يفك الخاتم ولكن

يسال عنهم وذلك لان الفك للخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به مالم يظهر عدالة الشهود
علي الكتاب ولان العدالة متى لم تظهر احتاج المدعي الي ان يزيد في شهوده وانما يمكنه ان يزيد
في شهوده اذا لم يفك القاضي الخاتم حتى شهدوا علي ان هذا خاتم القاضي فاما اذا فك الخاتم
لا يمكنهم ان شهدوا علي ان هذا خاتم القاضي فلم يكن فيه فايدة وان كان فيه ضرر للمدعي فلا
يفك الخاتم مالم يظهر عدالة الشهود قال الناصحي فان لم يعرفوا قال القاضي زد في شهودك
لانه لم يثبت انه كتاب الحاكم فوجب ان ياتي بشهود اخرين **قوله** وانما يقبله المكتوب اليه
اذا كان الكاتب علي القضا حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضا قبل وصول الكتاب لا يقبله
ذكر هذا تفريعا علي ما تقدم من مسايل القدوري قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب
القاضي للخصاف فان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الذي كتب او عزل او عمي او فسق
او صار بحال لا يجوز حكمه لم يقبل المكتوب اليه ذلك الكتاب لانه خرج من ان يكون حاكما في
هذه الحال فلا ينفذ الحكم بكتابه كما لو خرج شهود الاصل من ان يكونوا من اهل الشهادة بفسق
او عمي لم تجز الشهادة علي شهادتهم كذلك هذا ولو مات شهود الاصل قبلت الشهادة علي شهادتهم
ولو مات القاضي الكاتب لم يقبل كتابه لان الموت لا يبطل حكم الشهادة بدليل ان الشهود لو ماتوا
قبل التعديل ثم عدلوا حكم بتلك الشهادة والموت يخرج القاضي من القضا بدليل انه لو سمع الشهادة
ثم مات قبل التعديل فعدلوا عند القاضي الثاني لم ينفذ ذلك السماع ولا فرق بين موته وعزله
فاذا لم يقبل بعد العزل لم يقبل بعد الموت **قوله** لو مات المكتوب اليه اي لا يقبله قاض اخر
لانه كتب الي غيره وهو قد مات الا اذا كتب الي قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان
الفلاني والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت
قاضي تلك البلدة المكتوب اليه لان غير المكتوب اليه صار تبعا له وهو معلوم بخلاف
ما اذا كتب ابتدا الي من قاضي كورة كذا فلان بن فلان بن فلان الفلاني الي كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين حيث لا يقبل عند ابي حنيفة وعليه مشايخنا خلافا لابي يوسف
لانه مجهول ورايت في كتاب المجرد للحسن ابن زياد وان مات القاضي الذي كتب
به اليه لم ينبغ للقاضي ان يقبل منه الكتاب ولا يسمع منه اذا مات او عزل فان قبل
القاضي منه في هذه الوجوه وسمع منه وقضى به كان ذلك خطا وهو مما يختلف
فيه وينفذ ذلك وان اختصم فيه الي قاض اخر وقد قضى به انفذه لانه مما يختلف
فيه القضاة ثم قال الحسن وهذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال في شرح
الاقطع قال اصحابنا اذا مات القاضي الكاتب او عزل قبل وصول كتابه لم يقبله
المكتوب اليه وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقبل وبه قال الشافعي وقال فيه
ايضا قال ابو حنيفة وزفر اذا انكسر ختم القاضي لم يقبله المكتوب اليه وقال
ابو يوسف يقبله وجه قولهما ان كسر الختم يوجب تهمة فيما شهد به الشهود لجواز
ان يكون زيد فيه لم يقبل مع التهمة وهذا اذا لم يحفظوا ما فيه وعلي قول ابي يوسف
قد وقعت الشهادة علي الكتاب وما فيه يعلم بالقراءة فلم يوثر كسر الختم فيه
ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر هشام قال ابو يوسف ان عزل القاضي
او مات وهو المكتوب اليه ثم قدم الخصم الذي عليه المال الي القاضي الذي
كتب الكتاب وقد غاب بينته واحتج المكتوب له بكتابه عليه قال لا اقضي

بذلك عليه لانهم شهدوا عنده علي رجل غايب حتى يحضر بينة ثانية علي خصمه وهو حاضر لكن لو
كان وصل الكتاب الي القاضي الذي كتب اليه بذلك كان الكتاب بمنزلة الشهود وقد كان
ابو يوسف ابتلي بهذا مرة **قوله** ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب علي وارثه لقيامه
مقامه ذكر تفريعا ايضا يعني لو مات الخصم وهو المدعي عليه قبل وصول كتاب القاضي
الي القاضي ينفذ القاضي المكتوب اليه الكتاب علي وارث الخصم **قوله** ولا يقبل كتاب
القاضي الي القاضي في الحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كتاب
القاضي الي القاضي بمنزلة الشهادة علي الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان شهود
الفرع ينقلون بعبارتهم شهادة الاصول ثم الشهادة علي الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص
فكذلك كتاب القاضي فيهما لان فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشبهات
ولان الكتاب قد يزور لان الخط قد يشبه الخط فيتمكن نوع شبهة وختم الباب بما ذكره الحسن
في المجرد من صورة كتاب القاضي الي القاضي وهو قوله من فلان قاضي كورة كذا الي فلان بن فلان
قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال
له فلان بن فلان وذكر ان له علي رجل في كورة كذا حقا فسالني ان اسمع من بينته واكتب اليك
بما يستقر عندي من ذلك فسالته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان وتحليهم
ونسبهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني علي فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما
دينا حالا وسالني ان احلفه ما قبض منها شيا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشي منها
فاحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي
ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قابض وانها له عليه فسالني ان اكتب له اليك
بما يستقر عندي فكتبت اليك بهذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي
وقراته علي الشهود قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو اوثق ثم يكتب
عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الي فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الي المدعي
فاذا اتي به المدعي القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه ساله البينة
علي كتاب القاضي ولا ينبغي له ان يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا احضره واقر
انه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا انكر قال له جيني بالبينة ان
هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جا ببينته وعدلوا سمع من بينة المدعي علي ان هذا كتاب
القاضي الذي ذكره فيقول لهم اقرا عليكم ما فيه فاذا قالوا نعم قد قراه علينا واشهدنا ان هذا
كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا سمع منهم لم يكسر الخاتم حتى يسال عنهم فاذا عدلوا لم يكسر
الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرا عليهم وعلي الخصم ما في الكتاب فان
قال الشهود نعم قد اشهدنا علي ما فيه علي ما قرا علينا سال الخصم عما شهد به عليه فان اقر
الزمه اياه وان انكر قال لك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضي عليهم
وان كانت له حجة قبل حجته وان قال لست انا فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال قال
له هات بينة ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنسب اليه والا الزمتك
ما شهد به فان جا ببينة علي ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب
اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة ولا الصناعة احد علي اسمه واسم ابيه
نفذ عليه الي هنا لفظ كتاب المجرد **فصل** اخر قال ويجوز قضا المراة في كل

شي الا في الحدود والقصاص وهذه من مسايل القدوري اعلم او لا ان كتاب القاضي الي القاضي اذا
كان سجلا يجب علي القاضي المكتوب اليه امضاوه اذا كان في محل مجتهد فيه واذا كان كتابا
حكميا فله الخيار بين الامضا والرد فلما كان كذلك احتاج الي بيان نفاذ محال الاجتهاد
بذكر اصل يجمعها فذكر هذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به قال الامام العتابي في شرح
الجامع امراة قلدت القضا فقضيت في الاموال صح لانها تعمل شاهدة في باب المال الصغير
فتصلح قاضية ولو قضت بالحدود والقصاص وامضاه قاض اخر يرى جوازه نفذ بالاجماع
لان نفس القضا مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النسا مع رجل في الحدود والقصاص
وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وقضا المراة فيما سوي الحدود جايز لان
شهادتها فيه مقبوله وفي الحدود يتوقف قضاوها لان الناس اختلفوا في جواز شهادتها
في الحدود فاجاز ذلك شريح وبشر فكان القضا مجتهدا فيه وليس بمقابلة ذلك نص قاطع
والمروي عن الزهري مضت السنة من رسول الله والخليفتين من بعده ان لا يقبل شهادة
النسا في الحدود والقصاص ليس بنص بل هو ماول يحتمل الحمل علي حال انفرادهن فلم يتنف
شهادتهن عند الانضمام الي الرجال بدليل مقطوع فكانت لهن علي قول هولا في الجملة
شهادة ولو قضي القاضي في الحدود والقصاص من ليس بنص بل هو بشهادة رجل وامراتين
نفذ قضاوه وليس لغيره ابطاله لانه قضي في فصل مجتهد فيه وليس نفس القضا ههنا
مختلفا فيه الي هنا لفظه رحمه الله قوله وقد مر الوجه اشارة الي ما قال قبل هذا الفصل
بخط وهو قوله لان فيه شبهة البدلية قوله وليس للقاضي ان يستخلف علي القضا الا ان
يفوض اليه ذلك وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير
القاضي لا يجوز استخلافه الا اذا فوض السلطان اليه بذلك لانه استفاد القضا بالاذن ففي
حق ما لم يوذن به بقي علي ما كان قبل الاذن ويجوز استخلافه بعدما فوض اليه لانه ملك
ذلك باذن السلطان كما ملك القضا بنفسه بين الناس واعتبر هذا بالوكيل بالبيع اذا وكل
غيره بخلاف المستعير حيث كان له ان يعير لان المنافع تحدث علي ملكه فيملك تمليك
ذلك من غيره فكان متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن
فيملك بقدر ما اذن له قال وعبر مشايخنا عن هذا فقالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون
له ان يقيم غيره مقام نفسه كما في الوكيل والمودع وغير ذلك ومن قام مقام غيره لنفسه
كان له ان يقيم غيره مقام نفسه وتفقهه ما بينا ثم قال فلو ان القاضي الذي لم يؤمر
بالاستخلاف امر غيره بالقضا فقضي ثم اجازه القاضي ينظر ان كان هذا المستخلف ممن يصلح
ان يكون قاضيا صحت الاجازة والا فلا وبيانه فيما قال العتابي فان لم يولّه الخليفه
ذلك فقضي المامور بين اثنين فاجازه القاضي جاز ان كان المامور من اهل القضا وان
كان محدودا في قذف وتاب جاز امضاوه وان كان صبيا او عبدا او نصرانيا لم يجز امضاوه
ولا يرد علي هذا الوصي فانه يملك التفويض الي غيره توكيلا وايصا لانا نقول انما اثبت
الوصاية بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات حينيذ
لا يمكن الرجوع الي رايه فجاز الاستعانة بالغير دلالة وقال ابو حفص محمد بن محمود
الاسروشني في كتاب الفصول القاضي اذا لم يكن ماذونا في الاستخلاف فاستخلف
غيره لا ينفذ قضا خليفته سوا كان الاستخلاف في صحته او مرضه او سفره وان استخلف

غيره باذن

غيره باذن الامام يكون خليفته قاضيا من جهة الامام حتي لا يملك القاضي عزله الا اذا قال له
الخليفة ول من شيت واستبدل من شيت فحينيذ يملك عزله بخلاف المامور باقامة الجمعة
فان له ان يستخلف غيره وان لم ياذن له الامام وكذا الوصي يملك التفويض الي غيره وان لم
ياذن له الموصي وتمام هذا في المحيط واذا لم يكن ماذونا بالاستخلاف فاستخلف وحكم خليفته
في مجلس القاضي بين يديه جاز كالوكيل بالبيع اذا وكل غيره فباع الثاني بحضرة الاول ولو حكم
في غيبته ثم رفع قضاوه الي القاضي فاجاز ينفذ قضاوه عندنا استحسانا وكذلك القاضي
اذا اجاز بحكم الحاكم في المجتهدات كذا ذكر في فتاوي القاضي ظهير الدين وقال في الفصول ايضا
السلطان اذا قال لرجل جعلتك قاضيا ليس له ان يستخلف الا اذا اذن له بذلك صريحا او
دلالة بان يقول جعلتك قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضا
تقليدا وعزلا كذا ذكر في الذخيرة واجاب نجم الدين النسفي عن محضر انه غير صحيح لانه ذكر فيه
ان هذا القاضي مقلد من جهة قاضي القضاة فلان وليس فيه ان قاضي القضاة ماذون بالاستخلاف
من جهة السلطان قوله بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف متصل بقوله وليس للقاضي
ان يستخلف علي القضا قالوا انما يجوز ان يستخلف المامور بالجمعة غيره وان لم ياذن له الامام بالاستخلاف
اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة وان لم يشهد الخطبة لم يجز الاستخلاف لان الخطبة من شرايط
افتتاح الجمعة فاذا لم يسمع المستخلف شرايط لم يجز له افتتاحها كالاول قوله واذا فوض اليه
ملكه اي اذا فوض الاستخلاف الي القاضي يملك القاضي الاستخلاف نحو ما اذا قال له الامام ول
من شيت ولكن لا يملك القاضي عزله لانه نايب من جهة الامام الا اذا قيل له واستبدل من شيت
فحينيذ يملك عزله قوله واذا رفع الي القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة
او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وهذه من مسايل القدوري وفي بعض نسخ المختصر او
يكون قولا لا دليل عليه والمراد بالحاكم القاضي وبالامضا التنفيذ والاصل هنا ما قال الشيخ
ابو المعين في شرح الجامع الكبير ان قضا القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع
اختلافهم اتفقوا ان قضا القاضي ينفذ في المجتهدات علي من يخالف رايه حسب نفوذه
علي من وافق رايه فاذن هذا قضا انعقد الاجماع علي نفوذه وقد روي عن عمر رضي الله
عنه انه كان يقضي بقضايا ثم يقضي في العام القابل بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال
تلك علي ما قضينا وهذه علي ما نقضي وروي عن علي رضي الله عنه انه قال لما قدم الكوفة
بعدما انتهت الخلافة اليه قال لم اقدم لاحل عقدة عقدها عمر ولا اعقد عقدة حلها عمر
يعني الله عنه اراد به والله اعلم ان ما امضاه عمر رضي الله عنه بالاجتهاد لا ينقضها هو لان
الاجتهاد الاول تايد بالقضا والاجتهاد الثاني عري عما يؤيده وتنقض المتايد بالمجرد بالعاري
عن ذلك ممتنع في العقول حتي ان القضا بخلاف النص لا ينفذ لكون النص اقوي ولان
القول بذلك يودي الي ما لا نهاية له وهو فاسد هذا كله فيما اذا كان قضا القاضي الاول
مما يسوغ فيه الاجتهاد اما اذا كان لا يسوغ فيه الاجتهاد بان كان جورا او مخالفا للكتاب او
السنة المشهورة او الاجماع فانه لا ينفذه القاضي الثاني لان الاول قضي بما لا يسوغ فيه
الاجتهاد فلم ينفذ قضاوه كما لو حكم بخلاف النص بغير اجتهاد والمراد من خلاف الكتاب
خلاف نص الكتاب الذي لم يختلف في تاويله السلف مثل قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباوكم من النسا وقد اتفق الناس انه لا يجوز ان يتزوج امراة الاب ولا جاريته ولا

بطأ واحدة منهما فلو حكم القاضي بجواز نكاح امرأة الاب كان للقاضي الثاني فسخه وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عامدا لا يجوز ويبطله القاضي الثاني لانه مخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضي بالقصاص بالقسامة اعني يحلف المدعي خمسين يمينا اذا وجد قتيل في محلة وكان بينه عداوة ظاهرة يحلف المدعي على ان فلانا قتله كان له ان يقتص منه في قول مالك وهو قول الشافعي في القديم كذا ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفته السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وكذا اذا قضى بحل المطلقة الثلث للزوج الاول قبل دخول الزوج الثاني فالقاضي الثاني يبطله لانه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة وقد مر بيان الحديث في كتاب الطلاق في فصل فيما تحل به المطلقة ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان للقاضي الثاني ان ينقضه كذا ذكره الخصاف في ادب القاضي وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ ابو بكر الرازي ان هذا مذهب محمد واما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحي وقال شمس الايمة السرخسي وهذه المسالة تبتني على ان الاجماع المتاخر هل يرفع الخلاف المتقدم ام لا فعند محمد يرفع وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع هكذا ذكر في شرح ادب القاضي يعني ان الصحابة اختلفوا في جواز بيع امهات الاولاد وروي عن علي انه قال اجتمع رايي وراي عمر رضي الله عنهما في امهات الاولاد انهن لا يبعن ثم رايت بعد ذلك ان ارقهن فقال عبيدة السلماني رايك في راي عمر احب الي من رايك وحدك ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن وكان قضاء القاضي بجواز البيع بخلاف الاجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهما لما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع التابعين كان قضاء القاضي في فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضي ابو زيد في اخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن روي عنهم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز وذكر عن ابي يوسف في النوادر انه لا ينفذ القضاء وكذا لو قضى قاض بمال بقسامة لانه لو ادعى مالا وحلف خمسين يمينا لم يجز له اخذ المال فان استحقاق المال باليمين لا يجوز اجماعا فينقض قضاؤه ثم ينبغي لك ان المعتبر من الاختلاف هو اختلاف المتقدمين من الصحابة ومن كان بينهم لا اختلاف الشافعي ولا اختلاف مالك لان مالكا والشافعي لم يكونا موجودين في الصحابة فلم يكن خلافهما معتبرا زمنهم فلهذا كان للقاضي الاخر ان يبطل ما قضى به القاضي المالكي او الشافعي برايه وهذا هو المراد بقوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول **قوله** فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ذكر هذه المسالة تفريعا على ما تقدم اعلم ان القاضي اذا نسي مذهبه فقضى بمذهب غيره قال ابو حنيفة ينفذ القضاء وقال ابو يوسف لا ينفذ هكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي الخلاف بينهما ولم يذكر قول محمد وكذلك ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث في اخر ادب القاضي من العيون حيث قال ولو ان قاضيا خوصم اليه في امر من الامور مما فيه اختلاف وهو يذهب في ذلك الى مذهب ونسي مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفة قال يمضي هذا الحكم ولا يرجع عنه وقال ابو يوسف يرد ذلك

ويقضي بما كان

ويقضي بما كان رايه في ذلك فلو ان رجلا قال لامراته انت خلية او برية فجعلها ثلثا فان ابا حنيفة قال يمضي هذا القضاء ولا يرجع عنه وقال ابو يوسف يجعلها واحدة ان لم يكن يرى ثلاثا الى هنا لفظ العيون وذكر القاضي الامام علي السغدي وشمس الايمة السرخسي في ادب القاضي قول محمد مع ابي يوسف وقالوا في شروح الجامع الكبير لو قضى القاضي بشهادة الاعمى او المحدود في القذف بعد ما تاب او قضى بشهادة احد الزوجين مع رجل لصاحبه ثم راه جايزا نفذ قضاؤه لان الخلاف في جواز القضاء بهذه الحجة لا في نفاذ القضاء فيكون قضاء في محل مجتهد فيه فان من العلماء من يقول بقبول شهادة هولاء فينفذ بالاجماع فلا يكون لقاض اخر ابطاله وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير انما لم يكن للثاني ولاية الابطال اذا كان الاول يرى ذلك حقا وعلم الثاني انه كان يرى حقا فاما اذا علم ان الاول لم ير ذلك حقا وقضى بخلاف رايه انه كان للثاني ابطال قضائه لان قضاءه مع اعتقاد خلاف ذلك وقع عبثا كمن وقع تحريه الى جهة وصلى الى غيرها معتقدا ان القبلة هي الاولى قال هكذا ذكر الشيخ الامام عبد الله الخيزاخزي رحمه الله واليه اشار محمد يعني في قوله وراه جايزا ثم قال وروي عن الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني رحمه الله قال في هذا دليل على ان ما يفعله القضاة من تقليد شفعوي المذهب ليحكم في الطلاق المضاف بالبطلان انما يجوز ان لو كان القاضي يرى بطلان الطلاق المضاف كما هو مذهب الشافعي فاما لو كان لم ير بطلان ذلك لا يجوز تقليده الشفعوي المذهب لانه يكون تقليد الغير ليفعل ما هو الباطل عنده وتفويض ما هو الباطل غير صحيح فلم يصح التقليد ثم قال الشيخ ابو المعين ولكن هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون على رايهم نافذا وان كان ذلك مخالفا لراي الخلفاء لاتباعهم في المسايل جدهم عبد الله بن عباس ولو ان القاضي كان محدودا في قذف وتاب او كان اعمى او قضى لامراته فابطله قاض اخر لا يرى شهادة هولاء كان له ذلك لان هذا ليس بقضاء في المجتهد فيه بل نفس القضاء مجتهد فيه هل هو نافذ وهل للقاضي اهلية القضاء ام لا فيتوقف على راي غيره فينفذ بتنفيذه ويبطل برده وابطاله ونقل الاستروشني في فصوله عن صاحب الذخيرة انه قال ورايت في بعض الكتب عن اصحابنا في نفاذ قضاء القاضي بخلاف رايه روايتان وكان شمس الاسلام الاوزجندي يفتي بعدم النفاذ في هذه الصورة والصدر الشهيد وظهير الدين المرغيناني يفتيان بالنفاذ الى هنا لفظ الفصول **قوله** ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكر يعني ان القاضي اذا نسي مذهبه فقضى بخلافه في المجتهد فيه نفذ عند ابي حنيفة ولكن بشرط ان لا يكون المجتهد فيه مخالفا للكتاب او السنة او الاجماع فان كان مخالفا لاحدها يبطله القاضي الثاني لانه وقع باطلا **قوله** وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف بيان ذلك ما قال في خلاصة الفتاوى لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد باعتبار انهما اخذا بقول ابن عباس رضي الله عنه لا ينفذ وان كان مختلفا بين الصحابة لانه لم يوافقه احد من الصحابة فكان مهجورا قال في عمدة الفتاوى رجل زنى بام امراته فرفع الى القاضي ولم يفرق القاضي بينهما ثم رفع الى قاض اخر يرى التفريق لا يفرق لان الاول في فصل مجتهد فيه اختلف فيه الصحابة **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول يريد به الاختلاف الواقع في قرن الصحابة وينتفي به اختلاف مالك والشافعي لانه ليس بمعتبر لانهما لم يكونا في زمن الصحابة وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر

بتحريم فهو في البطلان كذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا اذا قضى باحلال وهذه من مسايل
الجامع الصغير واصل المسيلة ان القضا في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا
عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قول محمد وزفر والشافعي ينفذ ظاهرا
لا باطنا وهو قول ابي يوسف اخرا والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا ان يثبت فيما بيننا
مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك
والحل فيما بينه وبين الله تعالى ثم ينبغي لك ان تعرف ان النفاذ ظاهرا وباطنا فيما
اذا كانت الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لان في الاملاك المرسلة اي المطلقة
لا ينفذ باطنا بالاتفاق فانه لا يمكن اثبات الملك بدون سبب وفي الاسباب كثرة
فتعذر تعيين سبب الا ترى الى ما ذكر في خلاصة الفتاوى واجمعوا ان في الاملاك المرسلة
ينفذ ظاهرا لا باطنا واجمعوا ان الشهود لو ظهروا عبيدا او محدودين في قذف او كفارا ينفذ
ظاهرا لا باطنا واجمعوا انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف وقضى له بها لا يحل
له وطيها الى هنا لفظ الخلاصة وجه قولهما ان تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة
باطلة لان الشهود كذبة والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة
دليل الصدق ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فاما ثبوت حقيقة
التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهي الحجة الصحيحة ووجه قول ابي حنيفة ان حجة القضاء
قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك ياثم وذلك لان حقيقة الصدق
ساقطة العبرة في حق القاضي ووجوب العمل به لانه لا طريق الى ذلك فصارت ساقطة
العبرة ويتعين العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فاذا وجد فقد تم
دليل وجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد من المجتهد يكون حجة في حق وجوب العمل به
فاذا بنى القاضي القضا على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضايه عن البطلان ما امكن
لانه فعل صدر منه بامر الشرع مضافا اليه قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وقال تعالى
ممن ترضون من الشهداء فاذا قضى بما رضي من الشهداء فقد قضى بامر الله تعالى فوجب ان ينفذ
قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا الا ترى انه لو فرق بين الزوجين بامر الزوج وقعت
الفرقة في الظاهر والباطن جميعا فبامر الله تعالى اولى وكذلك لو لاعن بين الزوجين
وفرق بينهما وقعت الفرقة في الظاهر والباطن مع ان احدهما كاذب كذا في اشارة الاسرار وغيرهما
وباقي البيان مر في كتاب النكاح قبيل باب الاولياء والاكفاء فلينظر ثمه وصورة القضا
في العقود كثيرة منها اذا ادعى على امراة نكاحا وهي تجحد واقام عليها شاهدي زور
وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمراة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل
لهما ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهي تجحد ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة
الزور وهو على وجهين اما ان تكون الدعوى من جانب المشتري بان يدعي على غيره
انك بعت مني هذه الجارية والاخر ان تكون من جانب البايع بان قال انك اشتريت
هذه الجارية يحل للمشتري وطيها في الوجهين وصورة القضا في الفسوخ كثيرة ايضا
منها اذا ادعى احد المتبايعين فسخ العقد واقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبايع
وطي الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت بينة
زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضا العدة يحل للزوج

للثاني

الثاني الوطي ظاهرا وباطنا عنده كذا في الذخيرة البرهانية **قوله** ولا يقضي القاضي على غايب الا ان
يحضر من يقوم مقامه هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في مختصر الاسرار لا يجوز للقاضي
ان يقضي على غايب حتى يحضر هو او من يقوم مقامه اما بامره واما حكما وقال ابو يوسف
ينصب القاضي عنه خصما ويقضي عليه وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي يجوز القضا على
الغايب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا فيه فيه وجهان لهما ان البينة للبيان والاظهار
عند خفاء الحال على القاضي لا الاثبات ما لم يكن ثابتا وظهرت الحال بالبينة فيحكم بها على الغايب
كما لو كان حاضرا فسكت ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي حين
بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر ولانه لو حضر يجوز ان تقيم حجة تنفي بها
حجة المدعي فلا يجوز القضا مع غيبته ولان البينة حجة لاحد الخصمين فلا يلتفت اليها مع غيبة
الاخر كاليمين ولان شرط القضا لم يوجد فلا يصح القضا بالبينة لان شرط اقامة البينة الانكار
لهذا اذا كان الخصم حاضرا فاقر بالحق لا حاجة الى البينة وهذا لان في نفس الامر محتملة للصدق
والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وايفاء
الحق الى مستحقه ولا منازعة عند عدم الانكار فاذا انعدم الانكار انعدمت الضرورة الموجبة لكون
البينة حجة فلا يصح قضاء القاضي بدون الحجة وانما قلنا بان الانكار لم يوجد من الغايب لانه
يحتمل ان يكون مقرا ويحتمل ان يكون منكرا بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهر الوجود
دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر
المدعى عليه ايضا لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضى
بالبينة بخلاف ما اذا سكت عن الجواب لان الشرع انزله منكرا دفعا للظلم وكان الانكار
موجودا اما هنا فبخلافه لانا ما تحققنا عدم الاقرار فظهر الفرق ولان القاضي لا يمكنه القضاء
هنا لان وجه القضاء مشتبه لانه لا يدري باي حجة يقضي لان الاحكام مختلفة فحكم
القضا بالبينة ان يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوايد المتصلة والمنفصلة
وحكم القضا بالاقرار خلاف ذلك فيتعذر القضا اصلا والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله
تعالى **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لو انكر المدعى عليه ثم غاب لا يقضي القاضي
ايضا في غيبته وان كان وجد منه الانكار وهو قول محمد وقال ابو يوسف يقضي لوجود
الانكار منه صريحا وهو معنى قوله وفيه خلاف ابي يوسف وقال محمد ان انكاره الى وقت
القضا شرط وبقاء الانكار الى وقت القضاء لم يتحقق باستصحاب الحال لا بالنص وذلك
يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي
من جهة القاضي وقد يكون حكما بان يكون ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر
وهذا تفسير لقوله من يقوم مقامه في قوله ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من
يقوم مقامه يعني ان القايم مقام الغايب قد يكون قصدا بانابة الغايب بان يجعله وكيلا او
بانابة الشرع كما لو وكل القاضي وكيلا على الغايب او يكون نيابة الحاضر عن الغايب حكما بان
كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وتفصيل هذه الجملة ما نقل في الفتاوى
الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب باحد معان
ثلاثة احدها ان يكون الحاضر وكيلا عن الغايب وهو ظاهر والثاني ان يكون المدعى على الحاضر
والغايب شيئا واحدا وما يدعى على الغايب سببا لثبوت ما يدعى على الحاضر لا محالة ففي هذه

هذه الحالة تقضي على الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالث ان يكون المدعي شيئين مختلفين ويكون ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر على كل حال بحيث لا ينفك عنه ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر على الغايب ويقضي عليهما جميعا اما اذا كان ما يدعي على الغايب قد يكون سببا لما يدعي على الحاضر فانه يقضي بالبينة في حق الحاضر ولا يقضي بها في حق الغايب حتى لو حضر الغايب وقد لا يكون بان كان مما ينفك عنه بحال فانه ينظر في ذلك ان كان ما يدعي على الغايب نفسه يكون سببا لما يدعيه على الحاضر فانه يقضي بالبينة في حق الحاضر ولا يقضي بها في حق الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر ذلك يحتاج الى اعادة البينة عليه وان كان ما يدعيه على الغايب نفسه لا يكون سببا لما يدعي على الحاضر وانما يكون سببا باعتبار البقا الى وقت الدعوى فانه لا يقضي بالبينة بما ادعاه على المدعى لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب اما تفسير الاصل الثاني وهو ان يكون المدعي على الحاضر والغايب شيا واحدا وما يدعي على الغايب سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة فبيان ذلك في ثلث مسايل احديها رجل ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي البينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغايب وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك سبب لا محالة والثانية اذا ادعى على اخر انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضي بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة اذا ادعى الشفعة في دار في يد انسان وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشرا في حق ذي اليد والغايب جميعا واما الاصل الثالث وهو ما اذا كان المدعي شيئين وما يدعيه على الغايب سبب لما يدعيه على الحاضر فبيانه ثلث مسايل احديها رجل قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل كان اعتقك مولاك وعليك حد الاحرار واقام البينة على ذلك فتقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حدا كاملا وعلى الغايب عتقا لكن لما كان العتق سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لان تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال فيقضي بالبينة في حق الغايب والحاضر جميعا والثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغايب واقام المشهود له البينة ان مولاهما قد اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل هذه البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغايب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة والثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغايب عفى عن نصيبه فانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك يقبل ويقضي بها على الحاضر والغايب جميعا فان قيل يبطل هذا بما اذا كان العبد بين حاضر وغايب فادعى على الحاضر منهما ان الغايب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى تضمين الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة رضي الله عنه واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة

اصلا واعتاق الغايب نصيبه سبب لتضمين الحاضر عنه لا محالة قلنا هذه الشهادة لا تقبل عند ابي حنيفة لعدم الخصم عن الغايب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق فان العبد يصير مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعا يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل لهذا واما اذا كان المدعي شيئين وما يدعيه على الغايب لا يكون سببا لما يدعيه على الحاضر لا محالة بل قد يكون سببا وقد لا يكون فبيانه في مسئلتين احديهما رجل جاء الى عبد انسان وقال ان مولاك قد وكلني بان احملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه يقبل في حق قصر يد الحاضر ولا يقبل في حق العتق على الغايب حتى لو حضر الغايب وقال ان زوجك وكلني بان انقلك اليه فاقامت البينة ان زوجها طلقها ثلثا تقضي بقصر يد الوكيل عنها ولا يقضي بالطلاق لان المدعي شيان الطلاق والعتاق على الغايب وقصر يد الحاضر والعتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجب للانعزال بان وجد بعد الوكالة فلا يكون انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس بسبب لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغايب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورته انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورته تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا نقضي بالطلاق والعتاق واما اذا كان المدعي شيئين ونفس ما ادعى على الغايب لا يكون سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقا فبيانه في مسايل احديها ما قال لو ان رجلا اشترى جارية فادعى المشتري على البايع ان البايع كان زوجها من فلان الغايب وقد اشتراها المشتري وهو لا يعلم بذلك وانكر البايع واقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بالبينة لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب لان المدعي شيان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغايب وما ادعى من النكاح على الغايب نفسه ليس بسبب لما يدعي على الحاضر من غير اعتبار البقا لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقا بان شهدوا انها امراته للحال لا تقبل ايضا لان البقا تبع للابتداء والثانية المشتري شرا فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان الغايب لا تقبل لابطال حق البايع في الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب لان نفس البيع ليس بسبب لبطلان حق البايع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البايع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقا لان البقا تبع والثالثة رجل في يديه دار بيعت بجنبها دار فاراد الذي في يديه الدار ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري للشفيع الدار التي في يديك ليس لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة ان الدار التي في يديه داره اشتراها من فلان الغايب لا يقضي بالشرا لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب لان المدعي شيان مختلفان وما ادعى على الغايب من شرا الدار ليس بسبب لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقا فانه لو كان اشتراها ثم فسخ البيع وازالها عن ملكه بوجه من الوجوه لا يكون له الشفعة وانما يكون له الشفعة باعتبار البقا ولم يقم البينة على البقا ولو اقامها على البقا لم يقبل ايضا لما مر انه تبع والباقي يعلم في كتاب ادب القاضي في مسايل القضا على الغايب من الفتاوى الصغرى وفي الفصل الرابع من فصول الاستروشني **قوله** او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي قال بعضهم في شرحه قيد

بالوصي من جهة القاضي احترازا عن المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين نقل صاحب
الفصول عن المحيط والذخيرة وصاحب الفتاوي اذا ادعى انسان على اخر والقاضي يعلم انه مسخر
لا شي عليه لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز وتفسير المسخر ان ينصب القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع
الخصومة عليه وكذلك لو احضر رجل غيره عند القاضي ليسمع الخصومة عليه والقاضي يعلم انه
مسخر ليس بخصم فالقاضي لا يسمع الخصومة عليه وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته
ولا يحضر مجلس الحكم بعدما بعث امناءه الى داره ونودي على باب داره ثم قال صاحب الفصول
وذكر في شهادات الجامع رجل غاب فجاء رجل وادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب وان
الغايب وكله بطلب كل حق له على غرمايه بالكوفة وبالخصومة فيه والمدعى عليه ينكر
وكالته واقام المدعي بينة على وكالته قضى القاضي عليه بالوكالة وهذه المسيلة دليل على جواز
التسخير فانه قال ادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب ولم يقل انه غريم الغايب لكن هذا
عندنا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرا اما اذا علم القاضي ذلك لا يثبت ثم قال وذكر
في ادب القاضي ان الحكم على المسخر لا يجوز ثم قال قيل وينبغي ان يكون هذه المسيلة على روايتين
لان هذا في الحاصل قضا على الغايب وفي القضا على الغايب روايتان عن اصحابنا وكان
ظهير الدين المرغيناني يفتي في القضا على الغايب بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى هدم مذهب
اصحابنا الى هنا لفظ صاحب الفصول في الفصل الرابع **قوله** اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به
في جعله خصما عن الغايب يعني اذا كان ما يدعى على الغايب شرطا لثبوت ما يدعى على الحاضر
لا يجعل الحاضر خصما عن الغايب وهذا قول عامة المشايخ وصورته ما ذكر في الفتاوى الصغرى
رجل قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت امراته عليه ان فلانا طلق امراته
وفلان غايب فاقامت البينة لا يصح هذه البينة ولا يقضى بوقوع الطلاق عليها لان بينتها على
فلان الغايب لا يصح لان ذلك ابتداء القضا على الغايب وقد افتى بعض المتاخرين بان هذه
البينة تقبل ويقضى بوقوع الطلاق الان الاول اصح فان قيل اليس لو قال لها ان دخل
فلان الدار فانت طالق فاقامت المراة البينة انه دخل وفلان غايب كانت البينة صحيحة
الجواب انما صحت هناك لانه ليس فيها ابطال حق للغايب فلا يكون قضا على الغايب والحاصل
ان الانسان اذا اقام البينة على شرط حقه باثبات فعل على الغايب فان لم يكن فيها ابطال
حق على الغايب تقبل هذه البينة وينتصب الحاضر خصما عن الغايب وان كان في قبول
البينة ابطال حق على الغايب من طلاق او عتاق او بيع وما اشبه ذلك فالاصح انه لا
يقبل وقد افتى بعض المتاخرين انه يقبل ويقضى على الحاضر والغايب جميعا وبه اخذ القاضي
الامام شمس الاسلام محمود الاوزجندي حكى ذلك عنه الشيخ الامام ظهير الدين الى هنا
لفظ الفتاوي الصغرى ثم قال فيها بعد اوراق وذكر الشيخ الامام علي البزدوي في
باب ما يقام عليه البينة من نكاح الجامع ان الانسان ينتصب خصما عن الغايب
في اثبات شرط حقه كما ينتصب خصما في اثبات سبب حقه لانه محتاج الى اثبات
حقه وكما لا يمكنه اثبات حقه الا باثبات سببه لا يمكنه الا باثبات شرطه كما لو قذف
انسان فادعى القاذف انه عبد فلان واقام المقذوف بينة ان فلانا كان اعتقه تقبل هذه
البينة وان كان اعتاق الغايب شرطا لحقه وقد ذكرنا ان شيخ الاسلام خواهر زاده يقول
ان الاعتاق سبب لكمال الحد لان كمال الحد لا ينفك عنه بحال ما وكل ما لا ينفك عنه حقه

بحال

بحال ما كان بمنزلة السبب فينتصب فيه الحاضر خصما عن الغايب **قوله** قال ويقرض القاضي
اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في القاضي يقرض اموال اليتامى قال هكذا ينبغي له ان يصنع يقرضها ويكتب بها ذكر
الحقوق وان اقرضها الوصي ضمن الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص بيانه
ان القرض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لانه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس وهذا
لان الانسان لا يستقرض عادة الا اذا كان غير ملي ولهذا حل محل الصدقة في الثواب بل
زاد عليها لتيقن الحاجة في المستقرض دون الفقير لانه لا يستقرض ما لم يكن محتاجا وقد يرى
الشخص فقيرا ولا يكون في الواقع كذلك فاذا ثبت ان القرض تبرع صار كالعتق على مال فلا يملكه
من لا يملك التبرع بمال اليتيم الا ان القاضي لما كان قادرا على استخراج المال من المستقرض
كان له ولاية الاقراض لان الدين في ذمته بحكم ولاية القاضي كان معادلا للعين وزيادة لانه
لو لم يقرض ربما يهلك المال فاذا اقرض كان مصونا عن التوى والتلف لان القاضي يقدر
على الاستخراج بعلمه فاذا كان كذلك كان اقراض القاضي نظرا لليتيم بخلاف الوصي لانه لا يقدر
على الاستخراج بنفسه وليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تسمع فصار اقراض الوصي ضررا في حق اليتيم
فيضمن واما الاب فهل يملك اقراض مال الصغير ام لا لم يذكر محمد ذلك في الجامع الصغير قال
الفقيه ابو الليث يجوز ان يقال لا يجوز قرضه كما لا يجوز قرض الوصي يعني ان الاب لا يتمكن من
الاستخراج بنفسه كالوصي ويجوز ان يقال يجوز قرض الوالد لان ولايته اعم من ولاية الوصي
وهو غير متهم في امره لفرط شفقته فاشبه حال القاضي والى الوجه الاول ذهب شمس
الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والزاهد العتابي في شروحهم للجامع الصغير واراد بذكر
الحق كتابة الصك للتذكرة والتوكيد **قوله** والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين اراد باصح
الروايتين ما ذهب اليه فخر الاسلام ومن وافقه

باب التحكيم

شرع في بيان
حكم الحكم لانه من انواع القضا الا انه اخر ذكره لان حكمه ادنى حالا من حكم القاضي ولهذا اذا خالف
حكمه مذهب القاضي الذي ينهى اليه ابطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف
حكم القاضي فان القاضي الثاني ينفذ حكمه اذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة المشهورة
والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم الحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي
الخصم بذلك ام لا ولا يجوز حكم الحكم الا بعد رضا الخصمين يقال حكمه اي فوض الحكم اليه **قوله** قال
واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
اذا كان بصفة الحاكم يعني اذا كان الحكم من اهل الشهادة وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي في حقهما فاشترط
صفة القاضي في الحكم حتى لا يجوز ان يحكما بينهما محدودا في قذف او عبدا او اعمى او ذميا لان شهادة
هولاء لا يجوز والاصل في جواز التحكيم قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما
من اهلها وحكم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في بني قريظة ورضي بحكمه فقال هولاء
نزلوا على حكمك فقال يقتل مقاتلتهم ويسبي ذراريهم وكان بين عمر بن الخطاب وابي بن
كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه **قوله** فيشترط اهلية القضا
يعني لما كان الحكم بمنزلة القاضي في حق المحكمين اشترط اهلية القضا في الحكم فعلى هذا يجوز
تحكيم المراة فيما يثبت بالشبهات لانها من اهل الشهادة فيها **قوله** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد
والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا كله من اضافة

للمصدر الى المفعول فلو كان المراد اضافة المصدر الى الفاعل لجاز وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي
في حق المتخاصمين والقاضي لا يصلح ان يكون بواحد من هذه الصفات فكذا الحكم قوله والفاسق
اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى يعني اذا ولي الفاسق قضا بلدة جاز عندنا ولكن
لا ينبغي ان يقلد فكذا الفاسق اذا حكم ينبغي ان يجوز قياسا على ذلك ولكن لا ينبغي ان يحكم
وقد مر بيان القاضي الفاسق في اول كتاب ادب القاضي قوله ولكل واحد من المحكمين
ان يرجع ما لم يحكم عليهما هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان حكمه موقوف على رضاهما
فاذا رجع واحد منهما قبل تنفيذ الحكم صار كان الرضا لم يوجد في الابتدا ونقول انهما سلطاه
على التصرف عليهما فصار كالتوكيل وللموكل عزل الوكيل قبل البيع فكذلك هنا بخلاف ما اذا
امضى الحكم حيث لا يكون لواحد منهما ان يرجع لانه فعل ما فعل بتسليطهما فلم يكن لهما
او لاحدهما نقض ذلك بعد ذلك كالوكيل اذا باع لا ينقضه الموكل فكذلك ههنا واورد شمس
الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل اليس
ان التحكيم انما ثبت باتفاقهما وكان ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا قلنا يجوز ان
لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد احدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة ونحوه وهذا
لان احدهما لم يرض بهذا التحكيم فلو لم يكن راضيا في الابتدا لا يصح التحكيم فاذا لم يرض
بعد ذلك لا يبقى التحكيم ايضا فاما اذا انفذ الحكم فلا يجوز لواحد منهما ان يرجع عن ذلك كالقاضي
اذا قضى ثم عزله السلطان لا يبطل ذلك القضا ولو عزله قبل القضا لا ينفذ حكمه فكذا في
حق الحكم وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا يجوز التحكيم وان حكم لم يلزمه
لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظة ولو جاز رجوع المحكوم
عليه بعد الحكم لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم او كراهة بعضهم قوله واذا رفع حكمهما الى القاضي
فوافق مذهبه امضاه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان خالفه ابطله
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رضي الله عنه على القول الذي يرفع اليه او يخالف
فان كان موافقا يمضيه لا محالة لعدم فايدة النسخ لانه اذا نسخه يحتاج الى ان يبرمه ثانيا
لان رايه هو الذي حكم به الحكم وان كان مخالفا لرايه رده لان حكم الحكم انما ثبت بتسليط
المحكمين على انفسهما ولا تسليط من القاضي فلا يكون حكم الحكم حجة على القاضي وهذا
بخلاف حكم القاضي اذا رفع الى قاض اخر حيث يمضيه سوا كان ذلك موافقا لمذهبه او مخالفا
له اذا كان في فصل مجتهد فيه ولم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة والاجماع لان للقاضي
ولاية عامة على كافة الناس فكان قضاوه حجة على الكل وحكم الحكم بمنزلة الصلح فلو رفع الصلح
الى القاضي وكان مخالفا لرايه ابطله فكذا هنا ثم فايدة امضا القاضي ان القاضي الثاني
اذا رفع اليه لا يبطله وان خالف ذلك مذهب الثاني لان امضا القاضي الاول بمنزلة حكمه
بنفسه ابتدا قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره وقال
الشافعي على القول الذي يجوز التحكيم يجوز قال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي
ولو حكما بينهما في حد وقصاص لم يجز ثم قال قال ابو بكر الرازي في القصاص ينبغي ان
يجوز لان ولي المقتول لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم
فيه لانه من حقوق بني ادم ثم قال الناصحي وقال الحاكم في مختصره وقضا الحكم في الاموال
والقصاص جايز اذا وافق راي القاضي وكذلك ذكره ابن كاس النخعي في ادب القاضي

[illegible]

ثم قال

١٦٣

ثم قال الناصحي قال ابن كاس وقال الحسن بن زياد في كتاب ادب القاضي لو ان رجلين حكما رجلا
في حد وقصاص فحكم بينهما لم يجز وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي من
اصحابنا من قالوا انما يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفا
حقوق الله تعالى وليس لهما ولاية على ساير الناس فلا يصح فاما في القصاص وحد القذف فيجوز
التحكيم لان الاستيفا اليهما والحق في القصاص وحد القذف لهما فيجوز التحكيم كما في الاموال ولكن
صاحب الكتاب اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح اراد بصاحب الكتاب الخصاف لان حكم
الحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح والعقد يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والقصاص وحد
القذف لا يجوز استيفاوه بالصلح والعقد فكذا لا يجوز التحكيم فيه ولان القصاص وحد القذف
مما يندري بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما وليس بحكم في حق غيرهما واي شبهة
اعظم من هذا قوله قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات
وهو صحيح الا انه لا يفتى به اي قال مشايخنا المتاخرون وتخصيص القدوري الحدود والقصاص
في قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالحكم
في الكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين المضافة وغير ذلك وهذا الذي قالوا من جواز حكم الحكم
في ساير المجتهدات صحيح الا انه لا يفتى به كيلا يتجاسر الناس على ذلك قال في الفتاوى
الصغرى حكم الحاكم المحكم ينفذ في الطلاق المضاف لكن لا يفتى به ثم قال فيها وحكي عن
شمس الايمة الحلواني انه قال مسيلة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب
انه يجوز الا ان القاضي الامام الاستاد ابا علي النسفي كان يقول تكتم هذا الفصل ولا يفتى
كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا فاما المذهب فهو الاول
وروي عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة اذا استفتى فقيها
عدلا من اهل الفتوى فافتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وامساك المراة المحلوف
بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا ايضا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها فافتاه ببطلان
اليمين وسعه امساك المراة فان تزوج امراة اخرى كان حلف بطلاق كل امراة يتزوجها
فاستفتى فقيها اخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بافتايهما
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى قوله وان حكماه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم
ينفذ حكمه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان حكم الحكم لا ينفذ في حق غير المحكمين
فلا ينفذ اذن في حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه ولو حكم بالدية على القاتل في ماله
لا يجوز لانه مخالف للشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حمل بن مالك
قوموا فدوه وسيجي ذلك في كتاب المعاقل بان يقضي القاضي بالدية على العاقلة
الا اذا ثبت القتل باقرار القاتل فحينيذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل لان
العاقلة لا تعقل صلحا ولا عمدا ولا اعترافا قوله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول
هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا بالاقرار وذلك لانهما
سلطاه على الحكم عليهما بتراضيهما وليس الحكم الا سماع البينة والقضا بالنكول والاقرار
جاز لكونه موافقا للشرع قوله ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما
يقبل قوله اي قول المحكم ذكره تفريعا على ما تقدم يعني اذا قال الحكم لاحد المحكمين قد اقررت
عندي بكذا او قال قامت البينة عليك والزمتك بالحكم وانكر المقضي عليه الا يكون

اثر فالحكم ماض عليه لان له ان يبتدي فيحكم مادام في المجلس والمجلس باق فاذا قال حكمت
صدق وان قال الحكم كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا
ولا يقبل قول المعزول اني حكمت بكذا عليه ولانه لما قام من مجلسه صار معزولا فصار كالقاضي
بعد العزل اذا قال قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا **قوله** وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل وذلك لان اهلية الشهادة شرط للقضاء فكل من لا يصلح شاهدا لا يصلح قاضيا
والشهادة لهولا لا تجوز فكذا لا يجوز الحكم لهم والقاضي والحكم فيه سوا بخلاف الحكم عليهم
فان ذلك جائز كالشهادة عليهم لان في الشهادة لهم تهمة بخلاف الشهادة عليهم **قوله**
ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وهي مذكورة في ادب
القاضي قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي واذا حكما رجلين فراي احدهما شيا وراي
الاخر خلافه لم يجز لهما ان يحكما حتى يجتمعا على شي لما انهما رضيا براييهما ولو شهد عند الحكمين
شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسال المدعي الحكمين ان يشهدا له على شهادة شاهدين
لم يجز من قبل ان الشاهدين لم يشهداهما على شهادتهما لان الشهادة على الشهادة يتحمل ممن لم
يتحمله لم يجز له ان يشهد على شهادته

مسايل شتى من كتاب القضا

قد جرت
عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسايل في اخر الكتاب استدراكا للفايت ويترجموه
بقولهم مسايل متفرقة او بقولهم مسايل شتى او بقولهم مسايل منثوره وكان القياس
على هذا ان يذكر صاحب الهداية مسايل هذا الفصل في اخر كتاب ادب القاضي **قوله** قال
واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في علو لرجل وسفله لاخر قال ليس لصاحب السفل ان
يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وقال ابو يوسف ومحمد له ان يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير يريد به في الجدار والسقف كذا قال
الامام العتابي وقال في كتاب الدعوى في قسم المبسوط من الشامل صاحب
السفل اراد هدم سفله او فتح كوة او ادخال جذع فيه لم يكن له ذلك الا برضا
صاحب العلو وكذلك ليس لصاحب العلو ان يضع على علوه جذعا ويشرع كنيفا
لم يكن له ذلك وعندهما ليس له ذلك كله اذا لم يضر بالاخر الى هنا لفظ الشامل
قال بعض مشايخنا في شروح الجامع الصغير ما حكي عنهما تفسير قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان ابا حنيفة انما اراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر فيكون قولا مجمعا عليه
لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر وقال بعضهم بل عند ابي حنيفة
الحظر اصل والاطلاق بعارض لعدم الضرر ولا خلاف فيما اذا لم يضر لصاحبه
فان له ان يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وانما الخلاف في حالة الاشكال انه يضر به
ام لا فعند ابي حنيفة ليس له ذلك الا برضا صاحبه وعندهما ليس له ذلك لان
التصرف حصل في ملكه والاصل في الملك هو الاطلاق ووجه قول ابي حنيفة
ان تصرفه حصل في ملك مشغول بحق محترم فصار المنع اصلا كالراهن اذا باع المرهون
ولهذا لا يملك صاحب السفل ان يهدم كل الجدار والسقف فكذا بعضه لان نقب الكوة
لا يخلو عن توهين الحايط في الحال او في الثاني قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله

ابي حنيفة قياس الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان هي الروزن يقال وتد الوتد يتده اذا ضرب
به من باب ضرب **قوله** واذا كانت زايغة مستطيلة تنشعب منها زايغة مستطيلة
وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى وهذه من
خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
زايغة مستطيلة انشعبت منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة هل للرجل من اهل
الزايغة الاولى وله فيها دار ان يفتح من حايطه في الزايغة القصوى بابا قال لا وان
كانت زايغة مستديرة وقد لزق طرفاها كان له ان يفتح الى هنا لفظ الجامع الصغير
بيانه ما قال الفقيه ابو الليث اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة اخرى عن يمينها او
عن شمالها ولرجل في السكة دار بابها الى السكة العظمى وبعض حوايطها الى السكة
الاخرى التي في هذه السكة فاراد ان يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك
السكة خاصة لاهلها الا ترى لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة
دون اهل السكة العظمى فثبت ان الشفعة لهم خاصة فان اراد انسان من اهل تلك السكة
ان يفتح بابه الى السكة العظمى له ذلك لان السكة لهم جميعا وان كانت زايغة مستديرة
يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها راس السكة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في تلك
السكة في اي موضع شا لانها سكة واحدة من اولها الى اخرها وهي بينهم بالشركة الا ترى
ان وجوب الشفعة لهم جميعا وقال شمس الايمة الحلواني في مبسوطه في كتاب الشفعة
سكة غير نافذة بيعت فيها دار فاهلها شفعا لانهم شركا في حقوق المبيع فان كان فيها
عطف ان كان مربعا فاصحاب العطف اولى بما بيع في عطفهم لانه بسبب التربيع يصير
العطف المربع كالمنفصل عن السكة لان هيات الدور في العطف المربع تخالف
هيات الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة اخرى فصار كسكة
في سكة ولهذا يمكنهم نصب الدروب في اعلاه وهم واهل السكة فيما بيع في السكة
سوا كما لو بيعت دار في السكة العظمى فهم واهل السكة الصغرى فيها سوا وان
كان العطف مدورا فالكل سوا لان العطف المدور اعوجاج في بعض السكة
وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين لان هيات الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج
فكانت سكة واحدة الى هنا لفظ شمس الايمة الحلواني وانما قيد بقوله وهي غير
نافذة لانها اذا كانت نافذة فهي لعامة المسلمين فلا يمنع من فتح الباب اليها ولكن
هذا فيما اذا اراد ان يفتح الباب للمرور فانه يمنع استحسانا واذا اراد به الاستضاة
او الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقله فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر
رحمه الله وقال فخر الدين قاضي خان ومن المشايخ من قال لا يمنع من فتح الباب
في الفصل الاول لان فتح الباب ليس الا نقض بعض الحايط فلو نقض الكل لا يمنع
فكذا اذا نقض البعض ولكن يمنع من المرور لانه ليس له حق المرور ثم قال
والاصح انه يمنع من فتح الباب لانه نص في الكتاب وقال ليس له ان يفتح بابا
وهذا لانه متى فتح الباب ربما اتخذ لنفسه طريقا لانه لا يمكنهم منعه في كل
ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاة والريح ونحوه لا يمنع ثم صورتا الزايغتين
كانتا مكتوبتين على حاشية كتاب الامام حافظ الدين الكبير البخاري

يخط بده بهذه الصورة ٥ والزايغة المحلة سميت بها لميلها من طرف الى طرف من زاغت الشمس اذا مالت وفي تهذيب ديوان الادب الزايغة الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال ويقال شي مستطيل اي طويل قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جايز وهذه من مسايل الجامع الصغير قال صاحب الهداية وهي مسألة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شا الله تعالى يعني ان الصلح على الانكار جايز عندنا خلافا للشافعي حتى يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح عندنا ويسقط حق الاسترداد للمدعى عليه ويبطل حق المدعي في اصل المدعى وقال بعضهم في شرحه يريد به اذا كان المدعى به مقدارا معلوما كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة ولنا فيه نظر لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح وقد مر بيانه في اخر باب الاستحقاق ويرد كلام هذا القايل كلام صاحب الهداية ايضا حيث قال والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة والاصل فيه ان ما يجب تسليمه يشترط العلم به لان الجهالة تفضي الى منازعة مانعة من التسليم والتسلم وما لا يجب تسليمه لا يفسد الجهالة فيه وجه قوله انه اخذه على سبيل الرشوة فلا يجوز ولنا اطلاق قوله قوله تعالى والصلح خير ولا يقال الاية نزلت في الزوجين فلا تكون حجة يعني ان الصلح خير من الفرقة لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقد عرف ذلك في الاصول وذلك لان اكثر الايات والاخبار وردت في حوادث خاصة ومع هذا كان حكمها عاما وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى الاشعري والصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا قال مشايخنا معناه احل حراما لا يستباح بالعقد بحال نحو صالح من مال على خمر او خنزير او حرم حلالا لا يحرم بالعقد كما لو صالحت امراة زوجها على مال على ان لا يبيت عند ضرتها وقول عمر والصلح جايز بين المسلمين عام يتناول الاقرار والانكار جميعا فيكون حجة على الخصم ولانه لو لم يجز الصلح على الانكار ادى ذلك الى ابطال الصلح كله فيما بين الناس لان الصلح في الغالب انما يجري بين الناس في الانكار لانه لو كان مقرا لاخذ حقه فلا يحتاج الى الصلح والباقي سوف يجي بيانه في كتاب الصلح ان شا الله تعالى قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسيل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل بينته اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها له في وقت ثم جا بالبينة على الشراء في وقت قبله لم يقبل البينة وذلك لانه متناقض لانه لما قال جحدني الهبة فاشتريتها ادعى الشراء بعد الهبة فاذا اقام البينة على الشراء سابقا على الهبة كان متناقضا لا محالة فلا يقبل البينة بخلاف ما اذا قال جحدني الهبة فاشتريتها منه ثم اقام البينة على الشراء لاحقا قبلت البينة لانه ليس بمتناقض لانه امكن التوفيق لانه لما جحد الهبة فاشتراها كان الشرا مقررا الملك الواهب عند الهبة فلم يكن متناقضا بخلاف

ما ادعى الهبة ولم يقل جحدني الهبة ثم اقام البينة على الشرا قبل الهبة حيث لا تقبل بينته لمكان التناقض لان دعوى الهبة اقرار من المدعي بان الملك للواهب ودعوى الشرا قبل الهبة رجوع من اقرار بالملك للواهب فكان مناقضا قوله ملكه اي ملك الواهب قوله عندها اي عند الهبة قوله ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها وهذه من خواص الجامع الصغير وقال بعضهم لا يجوز له ان يطاها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله انه لما باعها فهي على ملك المشتري ما لم يبعها من البايع او يتقايلا ولنا ان الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد وبجحودهما بان تجاحد البيع ثم اذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهته فاذا عزم البايع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدامها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما الا ترى الى ما قالوا في شروح الجامع الصغير اذا قال لاخر اجرتك هذه الدار بكذا او بعتك هذا الثوب بكذا فاخذ الدار او الثوب فذهب به كان ذلك قبولا منه كذا هذا يقال اجمعت على الامر اجماعا اذا عزمت عليه واجمعت الشي اذا الفته من مواضع شتى كذا في الجمهرة والمراد فيما نحن فيه هو الاول قوله ونقلها اي نقل الجارية من موضع الى موضع الخصومة الى بيته قوله وما يضاهيه اي اراد به الاستخدام قوله ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى بعد ذلك انه زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى اي ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض واقتضى لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اعلم انه اذا قال انه اقتضى من فلان كذا درهما ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق لان الاقتضا عبارة عن القبض فلو قال قبضت منك عشرة دراهم او قال اخذت ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق فكذا اذا قال اقتضيت وهذا لان الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم بدليل انه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض يرد على الزيوف كما يرد على الجياد فلا يكون في دعوى الزيوف متناقضا فيسمع دعواه بخلاف ما اذا ادعى انها ستوقة او رصاص حيث لا تقبل دعواه لانه متناقض لانه قال اقتضيت الدراهم ثم دعواه الستوقة او الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليس من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم لم يجز وهذا اذا لم يرد على اقتضا الدراهم او قبضها شيا اخر اما اذا زاد فقال قبضت ما لي عليك او استوفيت ما لي عليك او قبضت حقي منك او قال قبضت الجياد ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق لانه لما اقر بقبض الجياد كان متناقضا بعد ذلك في دعوى الزيافة وكذا اذا اقر باستيفا ماله عليه او بقبض حقه منه لان حقه وما له عليه كان في الجياد ودعوى الزيافة تناقض فلا تسمع قال الفقيه ابو الليث وكذلك اذا قال قبضت الاجر والثمن لا يصدق بعد ذلك انها زيوف لان الاجر والثمن كان جيادا قوله صريحا كما اذا اقر بقبض الجياد ودلالة كما اذا اقر بقبض حقه او بقبض الثمن او اقر باستيفا حقه لان الاقرار بذلك اقرار بالجياد دلالة لان حقه في الجياد قوله فيما ذكرنا اي في الصرف والسلم قوله

والزيف ما يزيفه بيت المال اي رده والبنهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش
والستوق بالفتح اردا من البنهرج قال في النوازل قال ابو نصر الزيوف هي الدراهم
المغشوشة والبنهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه بالفضة
وكان الفقيه ابو جعفر يقول الزيوف ما زيفه بيت المال والبنهرجة ما بهرجه
التجار والستوقة فارسية معربة الى هنا لفظ النوازل قوله ومن قال لاخر لك علي
الف درهم فقال ليس لي عليك شي ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس
عليه شي وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لان الاقرار ينفرد به المقر ويرتد
برده المقر له لانه حجة على الخلوص فاذا كان كذلك ارتد بالرد فاذا عاد الى التصديق
بعد ذلك لا يصح لانه عاد اليه بعد بطلان الاقرار بخلاف ما اذا اقر بالبيع فانكره المشتري
ثم صدقه في مكانه يصح لان البيع لا ينفسخ بجحود المشتري وحده فاذا عاد الى التصديق
عاد والبيع قايم لم ينفسخ فصح وهذا لان المقر به وهو البيع لا ينفرد به احد العاقدين فاذا
رده المشتري لم يرتد حتى يساعده الاخر ولم يوجد المساعدة فاذا عاد المشتري
الى التصديق صح قوله قال ومن ادعى على اخر ما لا فقال ما كان لك علي شي قط
فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضا قبلت بينته وكذلك
على الابرا وهذه من مسايل الجامع الصغير يعني كما تقبل البينة على القضا تقبل ايضا
على الابرا قال صاحب الهداية وقال زفر لا تقبل وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى لا يقبل بينته لانه لما قال في الابتدا
ما كان لك علي شي قط ثم ادعى انه قضاه صار متناقضا في كلامه فبطل دعواه وهذه
المسيلة على ثلثة اوجه احدها هذه فتقبل البينة فيها عندنا خلافا لابن ابي ليلى وزفر
لامكان التوفيق لان المدعى عليه ربما يقضي دفعا لشغب المدعي واذايه ودفعا
لخصومته فيوجد صورة القضا وان لم يكن عليه حق الا ترى انه يصح ان يقال قضي بباطل
كما يقال قضي بحق واذا كان التوفيق ممكنا كانت بينته على القضا صحيحة قالوا في
شرح الجامع الصغير ودلت المسيلة على انه اذا امكن التوفيق بين الكلامين يقبل
ويوفق بين الكلامين من غير دعوى التوفيق ثم قالوا وذكر في بعض المواضع وشرط
دعوى التوفيق لقبول البينة والوجه الثاني ما اذا قال في الابتدا ليس لك علي شي
ثم اقام البينة على القضا او الابرا تقبل فيه البينة ايضا لان التوفيق هنا اوضح لانه يقول
ليس علي شي لانك ابراتني او لاني قضيتك والوجه الثالث ما اذا قال المدعى
عليه في الابتدا ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك ثم اقام بينة بعد ذلك على
القضا او الابرا لا تقبل بينته للتناقض لانه لا يتصور ان يكون بين اثنين خصومة
وقضا واخذ واعطا ولا يعرف احدهما الاخر قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير وذكر القدوري في هذه المسيلة عن اصحابنا ان بينة القضا تقبل
لان الرجل قد يدعي على رجل محتجب او امراة محتجبة فيوذيه بالشغب
على باب داره فيامر بعض وكلايه ان يعطيه ما يرضيه فيكون قد قضاه
وهو لا يعلم به ثم علم به من بعد وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع
الصغير فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته لانه

لايمكنه

لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه قوله ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها
منك قط فاقام البينة على الشرا فوجد بها اصبعا زايدة فاقام البايع البينة انه بري
اليه من كل عيب لم تقبل بينة البايع وهي من مسايل الجامع الصغير ولم يذكر فيه
خلافا بين اصحابنا وذكر الخصاف هذه المسيلة في ادب القاضي واثبت
فيه الخلاف فقال لا يقبل بينة البايع على البراة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تقبل
وجه قول ابي يوسف الاعتبار بالدين فانه لو انكر الدين اصلا ثم اقام البينة على القضا
او الابرا تقبل البينة لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضى وهنا يمكن التوفيق ايضا
لانه يجوز ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سالته ان يبريني عن
العيب فابراني فلما امكن التوفيق قبلت البينة لعدم التناقض ولان البيع غير
البراة من العيب فجحود احدهما لا يمنع دعوى الاخر وجه الظاهر انه مناقض
في دعوى البراة فلا يسمع بينته لان التبري عن العيب لتغيير صفة العقد عن اقتضا
صفة السلامة الى غيرها ولا وجود لصفة العقد وقد انكر العقد اصلا ودعوى البراة
يقتضي سابقة العقد فكان متناقضا لا محالة فبطل دعواه فلم يسمع بينته بخلاف
المسيلة المتقدمة فان التوفيق ثمه ممكن لان القضا لا يدل على سابقة الوجوب
لا محالة لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب والخصومة فظهر الفرق قوله اعتبارا
بما ذكرنا اراد به ما ذكر في المسيلة المتقدمة بان التوفيق ممكن مر بيانه انفا
قوله قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان
شا الله تعالى او كتب في شرا فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شا الله بطل
الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شا الله هو على الخلاص وعلى من
قام بذكر الحق وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في اسفله
ان شا الله ويكتب الشرا فيكتب في اسفله فما ادرك فيه فلانا من درك فعلى
فلان خلاصه ان شا الله قال ان شا الله يبطل الدين ويفسد الشرا وقال ابو يوسف
ومحمد الشرا جايز والدين لازم وقوله ان شا الله على من قام بذكر الحق وعلى الخلاص
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقولهما استحسان كذا ذكر في الشامل
في كتاب الاقرار من قسم المبسوط اعلم انه اذا كتب صكا وكتب في اخره ان
شا الله يبطل الصك كله عند ابي حنيفة وقالا ينصرف الاستثنا الى ما يليه
لان الصك يشتمل على اشيا ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف الى الذي
يليه ولان الصك يكتب للاستيثاق والتاكيد لا للابطال فكان ذلك
دالة على قصر الاستثنا على الذي يليه لانه لو انصرف الى الكل يبطل
الصك اصلا ولا يبقى الاستيثاق استيثاقا ولان الكتاب كالخطاب وفي الخطاب
لا بد ان ينقطع النفس فلا يجوز ان يلحق الاستثنا بالكل ولابي حنيفة ان الصك يشتمل
على فصول متداركة معطوف بعضها على بعض من غير فصل في الكتابة فصار
كمن تكلم بكلمات في نفس واحد واستثنى في اخرها فان الاستثنا ينصرف ثمه
الى الكل فكذا هنا تحقيقه ان الصك لما كان جامعا جعل ما فيه كشي واحد فانصرف

الاستثنا الي الكل ولهذا اذا قال لامراته طالق وعبده حر وعليه المشي الي بيت الله ان شا
الله تعالى ينصرف الاستثنا الي الكل ولا يلزمه شي وقولهما ان الصك يكتب للاستيثاق
قلنا لا نسلم لانه قد يكتب للابطال لغرض ولين سلمنا انه يكتب للاستيثاق لكن لا نسلم
كتبته للاستيثاق يمنع بطلانه عند وجود المبطل وقولهما لا بد من ان ينقطع النفس
قلنا توالي السطور والكلمات في الكتابة بمنزلة اتصال الكلام حقيقة فلم يكن الكتاب كالتنقطاع
النفس في الخطاب حتى قالوا لو لم يكن السطور متوالية وكان قبل قوله ومن قام بهذا
الذكر فهو ولي ما فيه ان شا الله موضع بيا من ينصرف الاستثنا الي ما يليه خاصة لدلالة
الفصل **قوله** وقالا ان شا الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق يعني ان قوله
ان شا الله مصروف على الخلاص وعليهما قام بذكر الحق لا على مجموع الصك عندهما
والمراد بالذكر الحق الصك يعني ان من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله
ولاية ذلك ان شا الله **قوله** ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به اي لو ترك آخر اجابي موضع
بياض قبل قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شا الله قال المشايخ لا يلتحق
قوله ان شا الله حينيذ بجميع الصك بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق والله اعلم

فصل

في القضا بالمواريث ذكر هذا الفصل في اخر ابواب القضا لان الموت اخر
احوال الانسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسبا **قوله** واذا مات النصراني
فجات امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
قول الورثة وهذه من مسايل الجامع الصغير وقال صاحب الهداية وقال زفر
القول قولها وذلك لان الحادث يضاف الي اقرب الازمان والاسلام حادث
فيجعل موجودا بعد الموت لا قبله ولنا ان سبب حرمان المراة وهو اسلامها عن ميراث
زوجها النصراني ثابت في الحال وتحكيم الحال عند عدم دليل اخر واجب والحال
يصلح للدفع لا للاستحقاق الا ترى ان رب الطاحونة مع المستاجر اذا اختلف
بعد مضي المدة في جريان الما وانقطاعه يحكم بحال فان كان جاريا في الحال كان القول
قول رب الطاحونة وان لم يكن جاريا كان القول قول المستاجر وهذا خلاف ما اذا مات
المسلم وله امراة نصرانية فجات مسلمة وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل
اسلمت بعد موته كان القول قول الورثة ولا يجعل الحال حكما لان الحال حجة من حيث الظاهر
والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق والمراة تدعي الاستحقاق فلم يصلح الظاهر حجة للاستحقاق
وفي المسيلة الاولى الورثة يريدون الدفع والظاهر يصلح للدفع لا للاثبات **قوله**
قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه اي قال في الجامع الصغير وصورة
المسيلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يموت وله في
يد الرجل وديعة الف درهم فيقول المودع هذا ابن الرجل الذي اودعني لا وارث
له غيره قال يقضي القاضي بان يدفع اليه الوديعة فان قال لاخر هذا ابنه ايضا
وقال الاول ليس له ابن غيري قال يقضي للاول بالمال كله الي هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير وهي من الخواص وذلك لان المودع اقر بان ما في يده صار للمقر له ملكا
وبدا خلافه فلو اقر بانه للمورث في حال حياته اصالة جاز فكذا اذا اقر خلافه كالمديون

اذا اقر لرجل انه وكيل بقبض الدين فانه يومر بالدفع اليه فكذا هنا بخلاف المودع اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع في قبض الوديعة حيث لا يومر بالدفع لانه معترف بقيام حق المودع فلا يملك
التصرف فيه وليس هذا كالمديون اذا اقر انه وكيل بقبض الدين لانه يتصرف في حق
نفسه لا في حق رب الدين لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان اقراره على
نفسه فصح وانما يكون جميع المال للابن المقر له الاول لان اقراره للثاني حصل بعد انقطاع
يده من المال فوقع شهادة على الاول فلم يصح ولم يغرم المودع للابن الثاني شيا باقراره له لان
استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث
فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال **قوله** قال واذا قسم الميراث بين الغرما فانه لا يوخذ
منهم كفيل ولا من وارث اي قال في الجامع الصغير وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في ميراث قسم بين الغرما قال لا اخذ من الغريم كفيلا
ولا من الوارث كفيلا هذا شي احتاط به القضاة وهو ظلم وقال ابو يوسف ومحمد يا خذ الكفيل
قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وتفسيره اذا ثبت الدين للغرما وقضى القاضي بديونهم
واحتمل ان يكون على الميت دين غيره او قامت البينة على المواريث ولم يشهد الشهود
انهم لا يعلمون له وارثا غيره فان القاضي يتانى فان فعل ولم يظهر له وارث فقضى هل ياخذ
كفيلا ام لا الي هنا لفظ فخر الاسلام يعني اذا ثبت الدين والارث بالاقرار يوخذ الكفيل
بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره فلا حاجة الي التاني والكفيل بل يدفع ٥
المال بلا تاني ولا كفيل عندهم وكذلك اذا قالوا لا وارث غيره استحسانا وقال في
الفتاوى الصغرى في كتاب الدعوى وفي كل موضع قال يتانى ويتلوم القاضي
يكون ذلك مفوضا اليه هكذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في الباب الاول
من وصايا الجامع ثم قال قدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وجه قولهما ان الموت
قد يقع بغتة وربما يظهر غريم اخر او وارث اخر فيحتاط باخذ الكفيل كما في تسليم الابق
واللقطة ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان حق الحاضر معلوم ثابت وحق
الغايب مجهول غير ثابت لانه ربما يكون وربما لا يكون فلا يجوز تعطيل الحق المعلوم الثابت
بالمجهول الموهوم لان الجهل لا يصلح حجة ولهذا اذا كان الدار لها شفيعان فحضر احدهما
قضي له بالشفعة ولا ينتظر للغايب فهذا اولى واما مسيلة الابق واللقطة فان فيها
روايتين هناك قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية احب
ان ياخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول
ابي حنيفة فعلى هذا لا يصح قياسهما على تلك المسيلة وقال الامام العتابي وفي العبد
الابق واللقطة اذا وجده انسان فادعى اخر ان ذلك له واقام البينة فانه يدفع اليه ولا ياخذ
منه كفيلا عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ وان دفع اليه باخباره عن العلامة او بقول العبد
يوخذ منه كفيل بالاجماع الي هنا لفظه رحمه الله وذلك لان الحق ليس بثابت ولهذا كان
له ان يمنعه فصح تاخيره للتكفيل صيانة للقضا والباقي سطر في كتاب اللقطة من شرحنا
هنا عند قوله واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى تقوم البينة **قوله**
ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا اما قطعا ففيما اذا كان القاضي
يعرف يقينا انه لا وارث للميت غير الحاضر واما ظاهرا ففيما اذا لم يعرف القاضي

وارثا اخر واحتمل وجود الاخر وعدمه لان حق الحاضر ظهر عند القاضي ولم يظهر
حق الغايب وهذا لان القاضي مامور بالحكم بما ظهر عنده لا بدرك الغيب قوله
ظلم دليل على ان المجتهد يخطي ويصيب ونص على ان الامام اسبق الايمة اباحنيفة
واصحابه تبرأ عن مذهب اهل الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وهذا لان
الاجتهاد شرط القضا ولكن الاختلاف في انه شرط الاولوية او شرط الجواز وقد مر بيانه
في اول كتاب ادب القاضي قوله لا يكفل اي من المشتري او من رب الدين قوله
وقيل انه دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع هكذا قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير قوله عن مذهبه اي عن مذهب ابي حنيفة قوله واذا كانت
الدار في يد رجل اقام اخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان
قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في دار في يد رجل اقام رجل البينة ان اباه
مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان لا وارث له غيرهما قال يقضي له
القاضي بنصفها ويترك النصف الباقي في يد الذي في يديه الدار ولا يستوثق
منه بكفيل وقال ابو يوسف ومحمد اذا جحدها اخذها منه وجعلها في يد امين حتى
يقدم الغايب وان لم يكن جحدها ترك النصف في يديه حتى يقدم الاخر الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال في المختلف قيل ان هذا الاختلاف بنا على انه
هل يجوز القضا للغايب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف في القضا ولكن
في ترك نصيبه في يد ذي اليد الى هنا لفظ المختلف وقال الزاهد العتابي
ولو كان عروضا يوخذ من يده بالاجماع لان العروض يمكن تغييبه وان كان
منقولا لم يوخذ نصيب الغايب من يده بالاتفاق وجه قولهما انه لما جحد صار
خاينا غاصبا ومال الغايب لا يترك في يد الخاين كما لو كان عروضا بخلاف
ما اذا لم يجحد لانه امين الميت فلا ينزع من يده لعدم الخيانة لانه اذا اخذ منه يوضع
في يد امين اخر فاذا كان الذي في يديه الدار امينا لا يحتاج الى امين اخر ووجه
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان القضا وقع للميت مقصودا لان القضا بالارث
قضا بملك الميت ولهذا يقضي ديونه منه وهذا امين الميت فلا ينزع من يده
والغايب يرضى ايضا يكون نصيبه في يد الامين فيترك في يده غايته ما في الباب
انه جحد ولكن وقع الامن عنه بقضا القاضي ولا يشبه العقار العروض لم يحج
القياس لان العقار محفوظة بنفسه والعروض يحتاج الى الحفظ وغيره
اولى بالحفظ ولهذا ملك الوصي بيع العروض على الكبير الغايب دون العقار
وكذلك يملك وصي الاخ والام والعم بيع العروض على الكبير ثم اذا حضر الغايب
واراد اخذ نصيبه هل يكلف اعادة البينة انها كانت لابيه ام لا فعلى ظاهر
الرواية لا يكلف اعادة البينة كذا ذكر فخر الاسلام وغيره وقد نص الخصاف
عليه في ادب القاضي لان بينة الحاضر كانت له ولاخيه الغايب لان احد
الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه الا انه لم يظهر دعواه

فاذا ظهرت

فاذا ظهرت دعواه قضي له كما قال ابو حنيفة في قتل الخطا اذا اقام الحاضر البينة ثم
حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة وياخذ نصف الدية فكذلك ههنا وقال
الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وقال بعضهم على قياس قول ابي حنيفة
ينبغي ان يكلف اعادة البينة لان تلك البينة كانت للحاضر خاصة كما قال في
باب القصاص اذا اقام الحاضر البينة ان فلانا قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب يحتاج
الى اقامة البينة على قول ابي حنيفة فكذلك ههنا قوله والنزع ابلغ فيه اي
نزع المنقول من يد المدعى عليه ابلغ في الحفظ من الترك في يده لانه ربما
يتصرف فيه لانه ثبت خيانته بجحوده فكان النزع ابلغ لانه اذا وضع في
يد امين بقي محفوظا قوله وقيل المنقول على الخلاف ايضا يعني لا يوخذ نصيب
الغايب من يد المدعى عليه على قول ابي حنيفة خلافا لهما قال الاستروشني
في فصوله واما المنقول فلا شك ان على قولهما يوخذ نصيب الغايب من يده
ويوضع على يدي عدل واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة قال بعضهم لا
ينزع من يده وقال بعضهم ينزع من يده قوله وقول ابي حنيفة فيه اظهر
لحاجته الى الحفظ يعني ان قول ابي حنيفة في المنقول اظهر من قوله في العقار
لان المنقول يحتاج الى الحفظ فاذا لم ينزع من يده كان مضمونا عليه واذا نزع
منه لم يبق مضمونا عليه فكان الحفظ في عدم النزع اكثر قوله وانما لا يوخذ الكفيل
لانه انشا خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشايها يعني لا يوخذ الكفيل
من صاحب اليد اذا لم ينزع نصيب الغايب من يده لانه يفضي الى انشاء
الخصومة لانه ربما لا يسامح في اعطا الكفيل من صاحب اليد والاخ الحاضر
يطالبه به فينشا الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة ورفعها لا لانشايها
بخلاف ساير الصور التي يوخذ الكفيل فيها لان الخصومة قد تقدمت ثمه
واخذ الكفيل رفع لها قوله بخلاف الاستيفا لنفسه يعني ان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين لان المقضي له وعليه في الحقيقة هو الميت فكان احد الورثة
نايبا عنه في القضا له وعليه وليس كذلك الاستيفا لان المستوفي عامل لنفسه
فلا يصلح ان يجعل نايبا عن الغير فلما لم يصلح نايبا في حق الاستيفا لم يستوف الا نصيب
نفسه من الدار كما اذا اثبت احد الورثة دينا على انسان للميت يثبت في حق
الكل ولكن بالاتفاق يدفع الى الحاضر نصيبه مشاعا غير مقسوم قوله الا انه
انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده استثنا من قوله
لان احد الورثة انما ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه يعني انما
ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين في الاستحقاق عليه في حق الكل اذا كان
الكل في يده والا فلا ينتصب خصما في حق الكل الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير
في باب الشهادة في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين واثنان
غايبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال
مات والدنا واخذ اخواي فلان وفلان نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت
داري في يد ابيكم واني اعلم ان الغايبين قبضا ثلثي الدار شايعا واودعا عندك ذلك لكن

أما إقامة البينة أنها داري تقبل بينته وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت
فيما يدعى عليه فإن حضر الغائبان وصدقاه في الإرث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وإن
كذباه وقالا لم نرث من أبينا شيئاً لكن ثلثي الدار لنا لا بطريق الإرث من أبينا يقال
للمدعي أعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير الخصم لأن إقرار الحاضر يعمل
في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا إذا لم تكن الدار مقسومة
فأما إذا اقتسموا وأودع ابنان نصيبهما الحاضر وغابا لا يقبل بينة المدعي في نصيبهما
على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً عنهما بخلاف ما قبل القسمة
لأنه مبني على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل آخر مقسوم
أو غير مقسوم أودع عنده الغائبان وهو مقر بأنها وديعة للغائبين ميراثاً من
أبيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً له في ذلك لأن الوارث
إنما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا في يد غيره وقال الأسروشني في الفصل
الخامس من الفصول فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين
هو في يد ذلك الوارث لا في عين ليس في يده حتى أن من ادعى عيناً من التركة
وأحضر وارثاً ليس ذلك العين في يده لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين أحد الورثة
ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء من التركة كذا ذكر في المحيط والذخيرة
قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وصورة المسألة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال إذا قال الرجل مالي في المساكين صدقة
فهذا على ما يكون فيه الزكاة وقال إذا أوصى رجل بثلث ماله فهذا على كل شيء إلى
هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الرازي في شروح الجامع الصغير وهذا استحسان أخذ به
علماؤنا الثلاثة والقياس أن يلزمه التصدق بجميع ماله وهو قول زفر وكذا إذا قال
ما أملكه فهو على ما يكون فيه الزكاة وبه صرح في كتاب الهبة قال في الشامل في قسم
المبسوط في باب الصدقة قال جميع ما أملك في المساكين صدقة يتصدق بجميع
ما يملك من أموال الزكاة استحساناً وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر
أبو يوسف في الأمالي حكاه عن أبي حنيفة وعن نفسه أنه إذا قال مالي في المساكين
صدقة انصرف إلى مال الزكاة وإذا قال ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال
وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين وروي
عن الشعبي أنه لا يجب عليه شيء إلى هنا لفظ الفقيه في شرحه وجه القياس أن المال
اسم عام يتناول ما يجب الزكاة فيه وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف النذر إلى الكل
كما لو أوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل ولا يختص بما فيه الزكاة ألا ترى إلى قوله
تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل حيث يتناول الأموال كلها وكذا قوله عليه السلام
من ترك مالاً فلورثته ووجه الاستحسان أن نذره انصرف إلى مطلق المال وأن المال
المطلق يراد به مال الزكاة والسوائم بدليل أن رجلاً لو حلف بالله ماله مال فإن يمينه
ينصرف إلى مال الزكاة من الدراهم والدنانير ومال التجارة والسوائم فكذا هنا ولأن إيجاب
العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم إيجاب الله تعالى الصدقة في مطلق المال ينصرف
إلى مال الزكاة فكذا إيجاب العبد قال تعالى خذ من أموالهم صدقة والصدقة لا تؤخذ

من جميع

من جميع المال بخلاف الوصية فإنا لم نجد فيها نصاً مقيداً بمال الزكاة فانصرفت إلى مطلق
المال ولأن الوصية أخت الميراث لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والميراث
لا يختص بمال الزكاة فكذلك الوصية ووجه ما قال في كتاب الهبة في قوله ما أملك أن الملك
عن المال فكان ذكر الملك كذكر المال فانصرف إلى ما فيه الزكاة استحساناً ووجه رواية
الأمالي أن الملك أعم من المال لأن الملك قد يقع على غير المال أيضاً كالنكاح والقصاص
والخمر فإذا أخرج كلامه على العموم انصرف إلى عموم المال ووجه قول مالك الاعتبار بالوصية
فإن الإجحاف غير مشروع وأوسع التبرعات الوصية وهي مقدرة بالثلث ووجه قول
الشافعي قوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين ووجه قول الشعبي أنه
ارتكب النهي لأن الله تعالى قال لنبيه صلى الله عليه وسلم ولا تجعل يدك مغلولة
إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط ثم الأراضي الخراجية لا تدخل في الإيجاب فيما
أريد به مال الزكاة لأنها ليست من مال الزكاة واختلف أبو يوسف ومحمد في الأراضي
العشرية فقال أبو يوسف تدخل لأنها من أسباب الصدقة وهي العشر وقال
محمد لا تدخل لأنها من أسباب المؤنة مثل عبد الخدمة وحاصل ذلك أن جهة المؤنة
غالبة عند محمد وجهة الصدقة عند أبي يوسف والاختلاف في النوادر كذا نقل
فخر الإسلام وقال في شرح الطحاوي وروي عن أبي حنيفة أنه قال تدخل أرض العشر
لأنها من جنس مال الزكاة وقال في شرح الطحاوي أيضاً فأما في لفظ الهدي نحو أن
يقول لله علي أن أهدي جميع مالي أو قال جميع ملكي أو حلف به فقال إن فعلت
كذا فلله علي أن أهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت
النذر فيجب أن يهدي ذلك كله إلا قدر قوته فإن استفاد آخر أهدى بمثله قوله
والمقيد إيجاب الشرع بكسر الباء قوله على ما مر إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان
قوله ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم
إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك وذلك لأن حاجة نفسه أهم وأقدم ولم
يبين محمد رحمه الله مقدار القوت لأن ذلك يختلف بقلة العيال وكثرته وقيل
إن كان محترفاً يمسك قوت يومه وإن كان صاحب غلة يمسك قوت شهر وإن
كان صاحب ضياع يمسك قوت سنة وإن كان من التجار يمسك مقدار ما يرجع إليه
ماله لأن يد الدهقان إلى ما يتسق إنما يصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهراً
فشهراً ويد العامل يوماً فيوماً كذا ذكر الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير
وأراد بصاحب الغلة صاحب الدور والحوانيت التي يؤاجرها قوله ومن أوصى
إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع
الوكيل حتى يعلم وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي
الله عنه في الرجل يموت فيوصي إلى رجل ولا يعلم أنه أوصى إليه فيبيع شيئاً وهو لا
يعلم بالوصية قال جائز وهو وصي وقال في الوكيل لا يجوز بيعه حتى يعلم أنه وكيل فإذا
أعلمه إنسان فباع فهو جائز ولا يكون نقضاً عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل
عدل إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير والمسألة الأولى من الخواص ولم يذكر
في الجامع الصغير أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد سواء كان عدلاً أو فاسقاً أو عبداً أو

حرًّا وغير ذلك كالوكالة قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع في الفصل الاول ايضا يعني لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كل واحد منهما انابة لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت وروي فخر الدين قاضي خان عن ابي يوسف بخلاف هذا فقال في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف ان الوكالة بمنزلة الوصاية ولا يشترط فيهما العلم لان كل واحد منهما اثبات الولاية والفرق بينهما على ظاهر الرواية لان الوصاية خلافة لا انابة والخلافة تثبت بدون العلم كالارث ولهذا اذا باع الوارث شيئا من التركة صح قبل العلم فكذا الوصي الا ان الخلافة في الوصايا بالاستخلاف وفي الارث لا بالاستخلاف وليس كذلك الوكيل فان تصرفه بحكم النيابة لا بحكم الخلافة ولهذا يبطل الوكالة بالموت فاذا كان الوكيل نائبا لا يثبت تصرفه قبل العلم لان الوكيل متبرع بالمنافع ولا يتصور التبرع بدون العلم بخلاف الوصاية لان الوصي يخلف الموصي عند خلو مكانه كالوارث يخلف المورث عند خلو مكانه ولا حاجة الى العلم ولان التوكيل والعزل امر ونهي فيعتبر اوامر العباد ونواهيهم باوامر الله تعالى ونواهيه ولا يلزم ذلك الا بعد العلم والسماع فكذا هذا ولهذا لم يؤمر بالاعادة من صلى من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت المقدس بعدما حولت القبلة الى الكعبة قبل العلم واذا صار وصيا قبل العلم لزمت الوصاية حكما لنفاذ البيع حتى لا يجوز رد الوصاية بعد ذلك وهذه المسئلة مكرر ذكرها وسوف يجي ذلك في اخر الكتاب في بيع الاوصيا وهذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبتت مقصودة وكذلك اذن الصبي والعبد بالتجارة ان كان قصدا لا يثبت بدون العلم لان الاذن من الاذان بمعنى الاعلام والاعلام لا يتصور بدون العلم اما اذا ثبت الوكالة في ضمن امر المخاطب الحاضر بالتصرف ففيه روايتان بخوان قال الموكل لرجل اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره ان صاحب العبد امره ببيعه فاشتراه صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك واشتراه منه ذكر محمد في كتاب الوكالة ان البيع جايز وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البايع وذكر في كتاب الزيادات انه لا يجوز البيع وذكر في الماذون الكبير ما يدل على جواز البيع وهو ان يقول المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد بامر المولى كذا في شرح الطحاوي واما العزل القصدي لا يصح بدون العلم والحكمي يصح بدون العلم كما اذا مات الموكل ونحو ذلك وكذلك الحجر ثم اثبات الوكالة يصح بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد او العدالة حيث لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد والعدالة العدل قالوا في شروح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني اذا اخبر بالجناية فباع او اعتق هل يصير مختارا للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعدما اخبر بالبيع وكذا البكر

اذا سكتت

اذا سكتت بعدما اخبرت بانكاح الولي وكذا الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بالشرايع وكذا العبد الماذون اذا اخبر بالحجر فعند ابي حنيفة لا بد من العدد او العدالة حتى يصير المولى مختارا للفداء ويبطل حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرايع على الذي اسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة وجه قولهما ان هذا من باب المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضا فيعتبر خبر الواحد عدلا كان او لم يكن كما في الوكالة والاذن وكما اذا كان المخبر رسولا حيث لا يشترط العدد والعدالة والحاصل انهما يعتبران الانتهاء بالابتداء لانه لو اخبر واحد بالوكالة جاز فكذا اذا اخبر واحد بالعزل ووجه قول ابي حنيفة ان الاخبار بالعزل والحجر ونحو ذلك يشبه الاخبار بالوكالة من حيث انه تصرف في ملك نفسه ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضا ويشبه الالزامات من وجه لانه يلزمه الامتناع من التصرف فلو كان الزاما من كل وجه لروعي فيه شرايط الشهادة وهو الزام من وجه دون وجه فروعي فيه احد وصفي الشهادة وهو العدد او العدالة وبهذا فارق الاخبار بالوكالة لانه ليس فيها معنى الالزام لان الوكيل مخير بين ان يفعل وبين ان لا يفعل فلم يراع فيها شرايط الشهادة اصلا وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير وذكر الطحاوي والفقيه ابو جعفر ان الوكالة لا تثبت بقول الواحد الفاسق عند ابي حنيفة وانما يثبت بتصديق الوكيل حتى لو كذبه لا يثبت فعلى هذا لا فرق بين الوكالة والعزل لان في العزل اذا صدقه ينعزل لان الوصاية انابة اي جعل الغير نايبا مناب نفسه ولا يقال للانابة لم يستعمل في كتب اللغة بهذا المعنى لان المستعمل فيها انها بمعنى الرجوع الى الله تعالى لانا نقول كل ثلاثي اذا اريد تعديته يعدى باحد الاشيا الثلاثة الهمزة والباء والتضعيف وهو القياس ولهذا قال الزمخشري في اول سورة الروم في تفسير قوله ادنى الارض اي في ادنى ارضهم الى عدوهم على ان اللام مناب المضاف اليه ثم اذا كان الفعل المعدى باحد هذه الاشيا لا ربما يكون به متعديا الى واحد وان كان متعديا الى واحد يكون متعديا الى اثنين وان كان متعديا الى اثنين يكون به متعديا الى ثلاثة فافهم قوله بخلاف الاول وهو الاعلام بالوكالة يعني ليس فيه معنى للالزام اصلا فلم يشترط فيه العدد والعدالة قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يموت وعليه دين مايه درهم لرجل وله عبد يساوي مايه درهم فيرجع الغريم الوصي الى القاضي فيامره بالبيع للغريم في دينه فيبيعه بماية درهم فيقبض الوصي الثمن فيهلك ثم يستحق العبد من يد المشتري قال يرجع المشتري بالثمن على الوصي ويرجع الوصي على الغريم ولو كان الذي باعه امين القاضي والقاضي رجع المشتري على الغريم بالثمن والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم سوا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا باع العبد وقبض الثمن فضاع الثمن في يده ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري بالثمن

على الوصي لان حقوق العقد ترجع اليه لانه عاقد ثم يرجع الوصي بذلك على الغريم
لان الضمان لحقه لاجل عمله لاجل الغريم والقاضي لما امر الوصي بالبيع صار
كالمكره فوجب حاصل الضمان على الغريم لان البيع وقع لاجله فلو باع القاضي او
امينه وقبض الثمن وضاع في يده ثم استحق العبد او مات قبل القبض لا يرجع
المشتري على القاضي ولا على امينه وان كان عاقدا بل يرجع على الغريم لان امين
القاضي لا عهدة عليه كما لا عهدة على القاضي لانا لو اوجبنا الضمان على القاضي او
امينه لتقاعد الناس عن عهده هذه الامانة خوفا من الضمان فحينئذ يضيع حقوق
المسلمين فلما تعذر الرجوع على القاضي وامينه وجب الرجوع على الغريم لان البيع
وقع لاجله كما اذا كان العاقد عبدا محجورا وصبيا محجورا ولو باع الوصي العبد لنفقة
الوارث فقبض الثمن فضاع ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري
بالثمن على الوصي ثم الوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي يرجع المشتري على الوارث
فان كان الوارث صغيرا ينصب القاضي عنه وصيا فيقضي دينه واورد الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا في هذا المقام فقال فان قيل لو ظهر للميت
مال اخر بعد ذلك ما حكمه قيل للغريم ان ياخذ دينه بلا شك واما المائة التي غرم
يجوز ان يقال يرجع في ذلك ايضا لان ذلك الضمان لحقه لامر الميت فيرجع في
ذلك في مال الميت قوله عبد للغرما اي لاجل الغرما قوله واخذ المال اي الثمن فضاع
اي المال وهو الثمن قوله لم يضمن اي القاضي وامينه قوله محجورا عليه اي عبدا محجورا وصبيا
محجورا وانما اطلقه ليتناولهما جميعا قوله ولهذا يباع بطلبهم اي يباع العبد بطلب الغرما
وهو ايضاح لقوله لان البيع واقع لهم اي لاجل الغرما قوله كما اذا باعه بنفسه اي باعه الميت
حال حياته بنفسه قوله فيرجع الغريم فيه بدينه اي يرجع رب المال بدينه في المال
الذي ظهر للميت يعني ياخذ دينه من ذلك المال قوله قالوا اي قال المشايخ وهذا
اشارة الى جواب الفقيه ابي الليث قوله يرجع بالمائة التي غرمها اي يرجع الغريم
اذا بيع له اي لاجل الوارث وقد مر بيانه فصل اخر مسايل هذا الفصل متفرقة
يجمعها اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول ام لا
فلذلك ذكرها في فصل على حدة قوله واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه
او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وهذه من مسايل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قال
القاضي لك قد قضيت على هذا بالرجم وسعك ان ترجمه واذا قال قضيت عليه
بالقطع فاقطعه وسعك ان تقطعه وكذا الضرب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال الفقيه ابو الليث وروي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن قال لا يسعه ذلك
ما لم يكن الشهادة بحضرته قالوا في شروح الجامع الصغير وعلى قياس هذه الرواية ان لا
يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم قالوا وبهذه الرواية اخذ مشايخنا وقالوا ما احسن
هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون الا انهم لم ياخذوا بهذه الرواية
في كتاب القاضي الى القاضي واخذوا بظاهر الرواية للضرورة ووجه هذه الرواية
ان قول الواحد لا يكون حجة وقبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم السلام لان معهم

علامات

علامات المعجزة وهم معصومون عن الكذب واذا لم يكن قول الواحد حجة لا يقبل قوله ما لم تكن الشهادة
بحضرته ووجه ظاهر الرواية قوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والقاضي من
اولي الامر فيقبل قوله لان قبول قوله من الطاعة ولان القاضي امين المسلمين فيما فوض اليه
فيجب تصديقه وصار اخباره بحق الولاية كاخبار الجماعة فوجب الاعتماد على قوله ولهذا
كان كتاب القاضي الى القاضي حجة لان شهادته واخباره بمنزلة شهادة شاهدين فصح نقله
كشهادة الشاهدين على شهادة شاهدين وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي المسئلة على
اربعة اوجه ان كان القاضي عالما عدلا قبل قوله لقوله تعالى واولي الامر منكم وان كان فاسقا
جاهلا او فاسقا عالما لا يقبل ولا يعمل به الا ان يعاين سبب الحكم وان كان عدلا غير عالم
يستفسر ان احسن وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا وانما لا يقبل قوله اذا كان
فاسقا قبل معاينة سبب الحكم لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا قوله يستفسر
اي عن قضايه قوله فان احسن اي تفسير قضايه قوله واذا عزل القاضي فقال لرجل
اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان وقضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول
القاضي وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه فان عزل القاضي عن القضا فقال قد
اخذت منك دراهم فدفعتها الى فلان وقضيته بها له عليك فقال الماخوذ منه بل
اخذتها ظلما كان القول قول القاضي وكذلك ان قال قضيت عليك بقطع اليد بحق
فقال صاحب اليد بل قطعتها ظلما كان القول قول القاضي اذا كان المقطوعة يده والماخوذ
منه المال يقران انه فعل ذلك وهو قاض قبل ان يعزل الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير وذلك لانهما اقرا بان القاضي فعل ذلك في حالة القضا وهو امين في تلك
الحالة فكان القول قول القاضي لشهادة الظاهر لان الظاهر من حال القاضي ان لا يجور
فلا يكون ضامنا لان فعل القاضي على وجه الحكم لا يوجب الضمان ولا يمين على القاضي
لانه لو وجب عليه لتقاعد الناس عن مباشرة القضا فيضيع حينئذ حقوق الناس
وانا لو الزمنا عليه اليمين لكان خصما وقضا الخصم لا يجوز والقاضي عهدا امينا لا خصما ولا ضمان على
الاخذ والقاطع ايضا لان فعلهما وقع بقضا القاضي ظاهرا فلا يوجب الضمان وكذلك لو قال
الماخوذ منه والمقطوعة يده اخذت او قطعت قبل ان يكون قاضيا او بعد العزل فالقول
قول القاضي انه فعله في حالة القضا ولا ضمان عليه لانه لما اسند فعله الى حالة القضا
وكان قضاؤه معروفا كان منكرا اصلا الا ان الاخذ والذي استوفى القطع ان كان قصاصا
ضمن في هذه الصورة ان كان مقرا بما اقر به القاضي لانهما اقرا بسبب يوجب الضمان
لانا قبلنا قول القاضي في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال الضمان عن غيره بخلاف
الفصل الاول فانهما لا يضمنان وان اقرا بما اقر به القاضي لان قول القاضي في حال
قضايه حجة ودفعه المال الى رب الدين او المستحق صحيح هذا اذا كان المال
مستهلكا اما اذا كان قايما في يد الاخذ واقر بما اقر به القاضي يوخذ منه سواء
صدق الماخوذ منه القاضي انه فعله في حالة القضا او ادعى فعله في غير حالة القضا
لان الاخذ اقر بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا تسمع قوله
في دعوى التملك بلا حجة وقول القاضي المعزول ليس بحجة قوله كما اذا كان معاينا
يعني اذا كان دفع القاضي المال الى الاخذ معاينة في حال القضا لا يضمن الاخذ لانه

لانه وجد الاخذ في حالة القضا فكذلك هنا لا يضمن ايضا لان الاخذ وجد في حال القضا لان
الماخوذ منه متى ان ذلك وقع في حال القضا ولكنه وقع ظلما قوله معهود اي معلوما عند الناس
قوله ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان اراد بهذا الفصل ما اذا
زعم الماخوذ منه او المقطوعة يده ان الاخذ او القطع وقع قبل تقليد القضا او بعد العزل
لا يقال القاضي لا يضمن لاضافته الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان فينبغي ان لا
يضمن الاخذ والقاطع ايضا لانهما اسندا الفعل ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان
لانا نقول جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية
وقول القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي ونختم كتاب ادب القاضي
بمسايل قضا القاضي بعلمه قال في خلاصة الفتاوي القاضي يقضي في حقوق العباد
بعلمه بان علم في حال قضايه في مصره ان فلانا غصب مال فلان او طلق امراته
وفي التجريد في اخر كتاب الحدود وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا يقضي
بعلمه وفي الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لا يقضي بعلمه الا انه
اتي بالسكران يعزره وفي القصاص وحد القذف يقضي بعلمه واما اذا علم قبل
القضا في حقوق العباد وعند ابي حنيفة لا يقضي بذلك العلم اذا رفعت اليه تلك
الحادثة وعندهما يقضي وعلى هذا الخلاف اذا علم في غير المصر الذي هو فيه قاض
ثم حضر مصره فرفعت اليه تلك الحادثة وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة
ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وسوا كان مقلدا على الرساتيق او لم يكن واصل الخلاف ان قضا القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو علم حادثة وهو قاض في مصره ثم عزل عن القضا
ثم اعيد على القضا بعد ذلك عند ابي حنيفة لا يقضي وعند ابي يوسف ومحمد يقضي
وفي الفتاوي قال اصحاب الامالي ان عند ابي يوسف ينفذ قضاوه في السواد وهكذا
ذكر عن محمد في النوادر انه ينفذ قضاوه في السواد الكل مذكور في الخلاصة والله
اعلم

كتاب الشهادات

ذكر كتاب الشهادات بعد كتاب ادب القاضي
لان القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه قوله الشهادة فرض
يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وهذا لفظ القدوري في مختصره
والاصل فيه قوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا فيه وجهان احدهما لا يمتنع
المدعوون لتحمل الشهادة عن الحضور ليتحملوا الشهادة والثاني لا يمتنع المتحملون
اذا دعوا الى ادا الشهادة ليؤدوها والاول للندب والثاني للفرض كذا في التيسير
وقال في شرح التاويلات وهذا اشبه لان الشهود ان يتولوا احضار الخصم ههنا المشهود
عليه فاما الحضر المكان الذي هو فيه وليس لهم هذا القول في الادا اذ الادا لا يكون
الا عند الحاكم فقد التزموا الحضور الى بابه فلذلك كان اولى وقوله تعالى ولا تكتموا
الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه قال في شرح التاويلات جعل القلب اثما
بكتمان الشهادة لان ذلك انما يتحقق بعزم القلب على ذلك لان كل فعل ينعقد
طاعة او معصية فانما يكون بفعل القلب وهو القصد والاختيار وهو معنى قول
النبي صلى الله عليه وسلم ان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله واذا

فسدت فسد الجسد كله الا وهي القلب وقال في الكشاف كتمان الشهادة هو ان يضمرها
ولا يتكلم بها فلما كان اثما مقترفا بالقلب اسند اليه لان اسناده الفعل الى الجارحة
التي تعمل بها ابلغ الا تراك تقول اذا اردت التوكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته
اذني ومما عرفه قلبي ولان القلب هو ريس الاعضا والمضغة التي ان صلحت
صلح الجسد كله وان فسدت فسد الجسد كله فكانه قيل فقد تمكن الاثم في اصل نفسه وملك
اشرف مكان فيه ولئلا يظن ان كتمان الشهادة من الاثام المتعلقة باللسان فقط وليعلم
ان القلب اصل متعلقه ومعدن اقترافه واللسان ترجمان عنه ولان افعال القلوب
اعظم من افعال ساير الجوارح وهي لها كالاصول التي تتشعب منها الا ترى ان اصل الحسنات
والسيات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من اثام
القلوب فقد شهد له بانه من معاظم الذنوب ثم انما علق فرضية ادا الشهادة
بطلب المدعي لان الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه بل توقف على الطلب كما في
ساير الحقوق قوله والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والستر افضل وذلك لانه مخير بين امرين
اقامة الحدود حسبة لله تعالى والستر توقيا عن هتك المسلم ولكن الستر افضل لما روى
مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من
من اسلم يقال له هزال لو سترته بردايك لكان خيرا لك قال مالك فحدثت بهذا الحديث
في مجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال الاسلمي فقال يزيد هزال جدي وحدث صاحب
السنن عن مسدد عن يحيى عن سفيان عن زيد بن اسلم عن يزيد بن نعيم عن ابيه
ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال
لو سترته بثوبك كان خيرا لك قال بن شاهين في كتاب المعجم وهزال هو الذي اشار
عليه ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم يعني اشار على ماعز وحدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي
باسناده الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى صاحب السنن باسناده الى ابي امية
المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه
متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فاعاد عليه مرتين
او ثلاثا فامر به فقطع وجي به فقال استغفر الله وتب اليه فقال استغفر الله واتوب
اليه فقال اللهم تب عليه ثلاثا وحدث صاحب السنن باسناده الى ابن
عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز بن مالك لعلك قبلت او غمزت او نظرت
قال لا قال افنكتها قال نعم قال فعند ذلك امر برجمه فدلت هذه الاحاديث
ان الستر هو المندوب يؤيده قوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا
والاخرة رواه ابو هريرة في الجامع الترمذي وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من راى عورة فسترها كان كمن احيا موءودة من قبرها قوله الا انه يجب
ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
ولا يقول سرق وذلك لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا فان سقط القطع لشبهة
وجب المال وان وجب القطع سقط الضمان فاذا كان كذلك وجب على الشاهد ان

يقول اخذ ولا يقول سرق مراعاة للجانبين جانب صاحب المال وجانب السارق
فيقول اخذ حتى يجب المال ولا يجب القطع لانه اذا وجب المال يحيى حق صاحب المال
واذا لم يجب القطع يكون الستر على السارق بخلاف ما اذا قال سرق لانه يسقط الضمان
حينئذ فيضيع حق صاحب المال فلهذا كان الشهادة بالاخذ اولى من السرقة لانها شهادة
على وجه يثبت المال دون الحد وفيها رعاية الجانبين فان قلت كيف كان الستر
افضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الاية نزلت في المداينة
في حقوق العباد لا في الحدود وبدلالة الاحاديث التي روينا ها انفا **قوله** قال والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنا فيشترط فيها اربعة من الرجال اي قال القدوري في
مختصره اعلم ان الشهادة على مراتب نذكر جميعها على الترتيب ان شا الله تعالى منها الشهادة
في الزنا لا تقبل فيها الا شهادة اربعة رجال عدول مسلمين وهم احرار وهم يشهدون انهم
راوا كالميل في المكحلة واشتراط الاربعة لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا وقوله
تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقيل
لان الزنا فعل اثنين فيشترط على كل واحد منهما اثنان واشتراط العدالة لما مر في كتاب
الحدود وان الفاسق في ادايه خللا وقصور التهمة الكذب والكافر ليس باهل للتحمل
والادا وكذلك العبد ليس له اهلية الادا ولا يقبل في الشهادة في الزنا شهادة النسا
اصلا لا وحدهن ولا مع الرجال ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي
اما شهادة النسا فلحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النسا مع الرجال في الحدود والقصاص
ولان في شهادة النسا شبهة البدلية لقيام شهادتهن مقام شهادة الرجال والحدود
تندري بالشبهات واراد بالخليفتين ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والزهري من
كبار التابعين بالمدينة توفي في شهر رمضان سنة اربع وعشرين ومايه كذا قال
القنبي وغيره **قوله** ولا تقبل فيها شهادة النسا هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه انفا
قوله ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا تقبل فيها شهادة النسا وذلك لقوله تعالى واستشهدوا
ذوي عدل منكم وقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فيعمل بعموم النص الا فيما
دل دليل الخصوص كما في الزنا لانه خص بنص اخر على حدة كقوله تعالى ثم لم ياتوا
باربعة شهدا ولا يقاس الحدود والقصاص على الزنا لان الحدود لا يجوز اثباتها
بالقياس لشبهة فيه ولانه يلزم حينئذ معارضة الراي النص فلا يجوز وهذا لان
عموم قوله تعالى واستشهدوا ذوي عدل منكم يقتضي ان يجوز شهادة الشاهدين
في الحدود والقصاص والقياس على الزنا يقتضي عدم جوازها بل يقتضي اشتراط
الاربعة فيلزم المعارضة لا محالة وانما لم تجز شهادتهن لحديث الزهري الذي قدمناه
ولان الحدود والقصاص مما يسقط بالشبهة وفي شهادة النسا شبهة البدلية
فلا يقبل قال في الاجناس قال في نوادر ابن رستم وتقبل فيه اي في التعزير
الشهادة على الشهادة والشهادة مع النسا مع الرجال ويجوز فيه العفو ويصح فيه
الكفالة وهو حق الادمي **قوله** لما قلنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكره من

بشبهة

شبهة البدلية **قوله** قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين
او رجل وامراتين سوا كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوصية
اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي لا تقبل شهادة النسا الا في الاموال
وحقوقها كالاجل والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال
فيثبت برجل وامراتين وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه
وجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال ولا يؤول الى مال كالنكاح والرجعة
والطلاق والعتق والاسلام والردة والبلوغ والولا والعدة والجرح والتعديل والعفو عن
القصاص حتى الوصاية والوكالة فيثبت برجلين ولا يثبت برجل وامراتين واما
ما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب النسا والرضاع فانه يثبت باربع نسوة ولا تثبت
الولادة بقول القابلة وحدها كذا في وجيزهم وجه قوله ان الاصل في شهادة النسا
عدم القبول لقلة ضبطهن ونقصان عقولهن الا ترى الى قوله تعالى ان تضل احداهما
فتذكر احداهما الاخرى وقال عليه السلام انهن ناقصات العقل والدين ولهذا
لا يقبل شهادتهن في الحدود والقصاص ولا تقبل شهادتهن منفردات ولا انهن
يخلن ايضا ولهذا لا تصلح للامارة والقضا فعلم بذلك ان الاصل في شهادتهن عدم
القبول الا انها ان قبلت في الاموال ضرورة لان المبايعات تقع بغتة وربما
يتعذر احضار الذكور ولا يمكن الحاق النكاح ونحوه بالمال لان المال اقل خطرا
من البضع ولهذا يجري البذل والاباحة في الاموال دون الابضاع وكذا النكاح لا يقع
بغتة بل بعد مشاورة فلم يلزم من اعتبار شهادتهن في الاموال وحقوقها اعتبارها
في غيرها ولنا قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فتقبل شهادة
المراتين مع الرجل الا فيما دل دليل الخصوص كالزنا والحدود والقصاص ولان
الاصل في شهادتهن القبول لقيام الحرية والعقل والبلوغ والضبط والدليل على
الضبط قبول روايتهن في الاخبار غاية ما في الباب ان في عقولهن نقصانا وخللا
وذلك ينجبر بانضمام الاخرى اليها كما قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى ولا يبقى بعد
ذلك الا الشبهة فيسقط بها ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص ويثبت
ما لا يسقط بالشبهة كساير الحقوق بخلاف شهادة النسا منفردات حيث كان
القياس ان يقبل لوجود الحرية والعقل والبلوغ والضبط الا انها لم تقبل على
خلاف القياس لئلا يفضي ذلك الى كثرة خروجهن وهن مامورات بالقرار في
بيوتهن قال تعالى وقرن في بيوتكن ولا يقال ما لا يختص به المال اذا لم يقبل
فيه شهادة النسا منفردات ينبغي ان لا يقبل ايضا شهادتهن مع الرجال كما في
الحدود والقصاص لانا نقول يبطل ذلك بالاجل والخيار على انا نقول القياس
مع وجود الفارق بين الاصل والفرع باطل وقد وجد الفارق لان الاصل يسقط
بالشبهة فلم تقبل شهادة النسا بخلاف الفرع **قوله** ونحو ذلك كالعتاق والنسب
قوله وتوابعها اي وتوابع الاموال نحو الخيار والاجل والشفعة وغير ذلك مما
ذكرنا **قوله** الا انها قبلت في الاموال استثنا من قوله لان اصلها عدم القبول
وبيانه مر انفا **قوله** بالاول اي بالمشاهدة **قوله** وبالثاني يعني اي بالضبط تبقى

العلم للشاهد قوله وبالثالث اي بالادا قوله وهذه الحقوق اراد بها النكاح والطلاق
والوكالة والوصية ونحو ذلك قوله ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنسا
في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال مالك ويجوز شهادة امراتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب
الاما ولا يجوز في ذلك شهادة امراة واحدة هذا لفظ كتاب التفريع لاصحاب
مالك ومذهب ابن ابي ليلى في المبسوط كقول مالك وقال الشافعي تشترط الاربع
فيما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النسا والرضاع ولا يثبت الولادة بقول
القابلة وحدها وقد اصبنا الرواية عن وجنرهم وذكر الخرقي من اصحاب احمد
بن حنبل في مختصره فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة
وما اشبهها شهادة امراة عدلة وقال في المختلف وعندنا الواحدة تكفي والثنتان
احوط وقال محمد بن الحسن في المبسوط شهادة امراة حرة مسلمة تقبل فيما لا يطلع عليه
الرجال كالولادة وان كانت امراتان او ثلاث فاحب الي لما روي عطا بن ابي
رباح عن النبي صلى الله عليه وسلم شهادة النسا فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
جايزة ووجه قول الشافعي ان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد كما في المداينات
ووجه قول ابن ابي ليلى ومالك ان المعتبر في الشهادة شيان الذكورة والعدد
ولم يعتبر الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال فيعتبر العدد ولنا ما روينا من حديث
عطا عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد رواه محمد في اول باب شهادة النسا
من شهادات الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن
سعيد بن المسيب وعطا بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم شهادة النسا جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وجه الاستدلال
بذلك ان اللام للعهد ولم يمكن الحمل بالعهد لانه لا عهد في اقسام الجموع فحمل على
الجنس مجازا لان في الجنس معنى الجماعة ومعنى العهد ايضا لانه يراد به هذا
الجنس من اقسام الاجناس فكان الحمل على الجنس اولى ثم الجنس يتناول
الادنى لتيقنه مع احتمال الكل فقبلت شهادة الواحدة فكان الحديث حجة
على الخصوم ولان اصحابنا رووا في الاسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة في الولادة وكذلك روي عن
علي رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما ولان ما يقبل فيه قول النسا
على الانفراد لا يعتبر فيه العدد كالاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد ذكر في
مختصر الاسرار عن الحاكم انه ذكر في المنتقى ان لفظ الشهادة الحرة ليه غير معتبر
عندنا ثم قال وقد حكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست بشهادة
وانما هي خبر وقال في المختلف لنا ان هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لا يشترط
لفظة الشهادة وخبر الواحد في الديانات مقبول ولا يقال بانها شهادة بحق
فيشترط فيها العدد كساير الشهادات لانا نقول ساير الشهادات لما اعتبر
فيها العدد لم يعتبر شهادة النسا على الانفراد وهنا لما اعتبر شهادتهن على الانفراد
لم يعتبر العدد كما في الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقال ما يشترط في ساير

الشهادات

الشهادات يشترط هنا فيشترط العدد لانا نقول بطل ذلك بالذكورة حيث لم يشترط
بالاجماع قوله ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق اي حكم شهادة المراة الواحدة
شرحناه في الطلاق في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة ثبتت بشهادة
امراة واحدة يشهد بالولادة وسنذكره في شرحنا هذا قوله واما حكم البكارة فان شهدن
على انها بكر تؤجل في العنين وتفرق بعده لانها تايدت بمويد اذ البكارة اصل وذكر
في كتاب الاستحسان ان امراة العنين مع زوجها اذا اختلفا بعد مضي المدة فقال
هو وصلت اليها وقالت هي لم يصل الي فانها تريها النسا فان قلن هي بكر فانها
تخير فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما فاثبت الفرقة بقولهن لتايده
بشهادة الاصل وهو البكارة قوله وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة ثم قال
العتابي في شرح الجامع الكبير في باب البيع الذي يكون فيه الاختلاف شهادة
النسا بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة من غير يمين اذا تايدت بمويد
وان لم تتايد يعتبر في حق توجه الخصومة لا في الزام الخصم ثم قال وان اشترى
جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البايع هي بكر في الحال
فان القاضي يريها النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البايع
لان شهادتهن تايدت بمويد ههنا لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت
حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمويد
لكن تثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البايع لان اليمين لا بدلها من
الدعوى والخصومة وحق الخصومة حق ضعيف لانه ليس بمقصود لنفسها
فجاز ان يثبت بشهادتهن فيحلف البايع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن
قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل يرد عليه وان حلف لزم المشتري
والباقي ينظر في اخر شرط الخيار من شرحنا هذا قوله واما شهادتهن على استهلال
الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رضي الله عنه في حق الارث اعلم ان شهادة المراة الواحدة
الحرة المسلمة على استهلال الصبي في حق الصلاة عليه تجوز بالاتفاق اما في حق الارث فلا
يقبل الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقبل فيه
شهادتهن وحدها لان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال ولابي حنيفة
ان شهادتها على الاستهلال في حق الارث من باب القضا والالزام فلا يقبل شهادة
القابلة وحدها لعدم الضرورة لان صوت الصبي مما يطلع عليه الرجال بخلاف
شهادتها في حق الصلاة لانها من امور الدين فيقبل خبر الواحد في الديانات واستهل
الصبي اذا صاح عند الولادة قوله قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظه
الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته
اي قال القدوري في مختصره وقد بينا قبل هذا ان الشهادة على مراتب اربعة
شهادة في الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال ولا يعتبر شهادة النسا وشهادة في
ساير الحدود والقصاص يشترط فيها شهادة رجلين ولا يقبل شهادة النسا
وشهادة في ساير الحقوق يعتبر فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين وشهادة
فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النسا يقبل فيها شهادة

امراة واحدة عدلة والثنتان احوط ثم لا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة وهذا
هو اختيار القدوري وعليه مشايخنا ومشايخ بلخ ومشايخ العراق على خلاف هذا كذا
ذكر في الخلاصة قبل الفصل الثالث من الشهادات وقد ذكرنا قبل هذا عن المنتقى ان لفظة
الشهادة والحرية غير معتبرة وقد حكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست بشهادة
وانما هي خبر واليه ذهب صاحب المختلف اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق ليس بمرضي فلا يقبل
شهادته وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ولان الفاسق يتعاطى ما هو محرم
دينه فربما يقدم على شهادة الزور ايضا فترد شهادته للتهمة وعن ابي يوسف ان
الفاسق اذا كان ذا مروءة يقبل شهادته لانه لا يقدم على الكذب مروءته ولا يستاجر
على شهادة الزور لوجاهته والاول اصح لما تلونا من الايات ولان في قبول شهادة
الفاسق اكرامه والفاسق يجب اهانته زجرا له عن المعصية يؤيده قوله عليه السلام
اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر واما اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص
جاءت بلفظ الشهادة كقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل وقوله ممن ترضون من
الشهداء وقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وغير ذلك فلما وردت النصوص بلفظ
الشهادة لم يجز تغييرها وتبديلها قوله هو الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق
وقد مر قبل هذا قوله ونشترط فيه الحرية والاسلام اي يشترط في الشاهد الحرية والاسلام
في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة قوله قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر
العدالة في المسلم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في الحدود والقصاص
فانه يسال عن الشهود وان طعن الخصم فيهم سال عنهم قال ابو يوسف ومحمد
لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية ومذهب الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع
وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول لا خلاف في هذه المسالة بين اصحابنا لان ابا حنيفة
اجاب في زمانه وكان الغالب على ما شاهده منهم العدالة وقد زكاهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا
الكذب واجاب ابو يوسف ومحمد في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو
شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما وهذا معنى قوله في المتن وقيل هذا اختلاف عصر
وزمان اعلم ان في الحدود والقصاص لا يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة بل يسال عن
عن الشهود ويستقصي درءا للحد لقوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ولان
الحدود يحتاط فيها ما لا يحتاط في غيرها ولهذا لا يقبل فيها شهادة النساء ولا الشهادة
على الشهادة فوجب الاحتياط بالسؤال عن العدالة واما في غير الحدود والقصاص
فان طعن الخصم في الشهود سال عنهم بالاتفاق لانه حق وجب له بدعواه وان لم
يكن حقا له قبل الدعوى لحضور مجلس الحكم والاستحلاف وان لم يطعن الخصم في الشهود
يكتفي بظاهر العدالة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وجه قولهما ان الشاهد
قد يكون عدلا وقد يكون فاسقا وقد يكون عبدا وكافرا فلا بد من الاستكشاف صيانة
للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا وكفارا ووجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الاعرابي على روية الهلال ولم

بسال عن عدالته في الباطن حيث اظهر الاسلام ولان الظاهر هو العدالة في المسلمين قال
عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ويكتفي
بالظاهر لتعذر الوصول الى القطع لان قبول قول المزكي ايضا عمل بالظاهر بخلاف
ما اذا طعن المشهود عليه حيث يسال عن الشهود لانه تقابل الظاهران لان الشاهد
المسلم لا يكذب ظاهرا فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال طلبا
لترجيح احد الظاهرين على الاخر وهذا كمدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي
اقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم فحينئذ يلزمه اقامة البينة لان الظاهر
لا يعتبر للالزام فكذا فيما نحن فيه ولان السلف الصالح لم يسالوا عن الشهود بل
اكتفوا على ظاهر العدالة واول من سال عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على اعتبار عدالة
الاسلام كذا في شرح الاقطع قوله وان طعن الخصم فيهم سال عنهم يعني في غير الحدود
والقصاص يسال قبل الطعن قوله فيتعرف الى القاضي يقال تعرفت ما عنده
اي تطلبته منه حتى عرفته قوله ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل
فيها النسب والحلى والمصلى ويرده المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع
او يقصد اي فيخدع المعدل بالمال او يقصد بالاضرار اذا كان ظاهرا وقوله فيخدع بالنصب
على انه جواب النفي وكذا قوله يقصد عطفا عليه واراد بالمستورة الرقعة التي
يبعثها القاضي من امينه الى المعدل وسميت بها لسترها عن نظر العوام قال
صاحب الهداية وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد وذلك لانه قد يشترك
الاثنان في الاسم والنسبة والصفة ويجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا
للشركة اعلم ان التزكية على نوعين تزكية السر وتزكية العلانية فصورة تزكية العلانية
ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله هذا الذي
عدلته وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه كتابا
فيه اسما الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يعرف
المزكي ويسال عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت
اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب
ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر ويقول الله اعلم الا اذا عدله
غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك
ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي
مستور ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية العلانية وبين تزكية السر وان شاء اكتفى
بتزكية السر كذا ذكر فخر الدين قاضيخان في فتاواه وقوله والحلى بالكسر جمع حلية
ويروى بالضم ايضا وحلية الانسان ما يرى منه من لون وغيره وقوله والمصلى وهو
المسجد الذي يصلي فيه الشاهد وقيل المراد منه المحلة قوله ويروى عن محمد تزكية
العلانية بلاء وفتنة وذلك لان الشهود يقابلون المزكي اذا جرحهم بالاذى
ويقع بينه وبينهم العداوة قوله وقيل يكتفي بقوله اي يكتفي بقول المعدل هو عدل
ولا يشترط ان يقول هو عدل جائز الشهادة وذلك ان كل من نشا في دار الاسلام
فالظاهر من حاله الحرية والاول احوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا

يجوز شهادته قوله قال ومن قول من راي ان يسال عن الشهود ويقبل قول الخصم انه عدل
اي قال ابو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من قال ان يسال
القاضي عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة حيث خرج ابو حنيفة ثمه ايضا على
قول من يجيزها وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان القاضي لا يسال عن الشهود في غير
الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا اذا سال عنهم على قول من راى ذلك
فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفي بذلك حتى يسال غيره لان تعديل المشهود عليه
ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه
على شهادته ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال في قول من
راى ان يسال عن الشهود بانه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسال
عنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره في شرح الجامع الصغير
وهذا اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال هم عدول صدقوا في
شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقضي عليه وهذا كله اذا جحد الخصم فاذا كان ساكتا وهو
ممن يجوز ان يرجع اليه في التعديل صح منه التعديل وكان كافيا عند ابي يوسف
وعند محمد يضم اليه اخر حتى يتم التعديل وذكر محمد في كتاب الزيادات ان المشهود عليه اذا كان
من اهل التزكية فاذا اخبر ان الشاهد عدل فانه يسال اصادق هو في هذه الشهادة ام كاذب
فان قال هو كاذب بطل تعديله حيث كذبه وان قال هو صادق كان ذلك اقرارا منه
بما ادعى عليه فان قال هو صادق ولكنه اوهم في هذه الشهادة او غلط في هذه الشهادة
يكون ذلك تزكية منه ويسال غيره فاذا زكاه اخر يقضي بشهادته لان من اصل محمد انه لا
يجيز الا تزكية اثنين وروي عن ابي يوسف ايضا انه يجيز تزكية المدعى عليه كذا ذكر
الفقيه ابو الليث رحمه الله قوله مبطل في اصراره بالصاد المهملة والاصرار هو الثبات
على الشي اي الخصم مبطل في ثباته على الانكار قوله قال واذا كان رسول القاضي
الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يجوز الا الاثنان وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شرح
الجامع الصغير واراد بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول
القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي يخبره عن حال الشهود له ان التزكية
من معنى الشهادة لانه يظهر ما كان خفيا عند القاضي كالشاهد بنفسه فيعتبر العدد
فيها كما يعتبر في اصل الشهادة ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق ولان التزكية
بمنزلة الشهادة على الشهادة لان الشهادة تثبت بالتزكية والشهادة على الشهادة
لا يجوز اقل من اثنين فكذا التزكية ولهما ان التزكية خبر ليس بشهادة لانها لا تعرض
لاصل الحق باثبات فلا يشترط في الخبر العدد ولهذا لا يشترط في التزكية لفظة الشهادة
ومجلس القضا ايضا ولان اشتراط العدد في الشهادة امر ثبت بالنص على خلاف
القياس فلا يقاس عليه غيره لان رجحان الصدق بالعدالة لا بالعدد في حق العمل كما في
رواية الاخبار وهذا لان خبر الاثنين لا يوجب العلم كخبر الواحد فاقتصر الحكم على مورد
النص فلم يتعد الى غيره وفي حق العلم بالتواتر فلا يشترط العدد وانما اعتبرت
الحرية والعدالة لانها معاملة للشهادة فكان عملها فوق عمل الشهادة قال في الفتاوى

الصغرى

نية

الصغرى في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكي في تزكية السر اما في تزكية العلا
نية فشرط بالاجماع ثم قال اهلية الشهادة في تزكية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط وقال
في المختلف ويشترط الاربعة في الزنا عند محمد قوله ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود
يعني بالاجماع وكذلك في القصاص ذكره في المختلف في كتاب الشهادات في باب
محمد وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب ابي حنيفة يشترط الذكورة
في المزكي عند ابي حنيفة خلافا لهما وقال في خلاصة الفتاوى والترجمان اذا كان اعمى
فعن ابي حنيفة لا يجوز وعن ابي يوسف انه يجوز وتعديل العبد لمولاه والابن للاب
في السر يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف والصبي اهل لتعديل السر وكذا كل من لا
يقبل شهادته ثم قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير
المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية ذكره في الفصل
الثاني من كتاب القضا فصل لما ذكر قبل هذا ان الشهادة فرض لا يسع كتمانه
وذكر مراتب الشهادة شرع في هذا الفصل يذكر ان اداء الشهادة يتوقف على الاشهاد
ام لا فقسمه على قسمين قوله وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت
بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد
او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان
اداء الشهادة على نوعين نوع يصح اداء الشهادة بدون الاشهاد ولا يحتاج الى الاشهاد
بل يصح ذلك بمجرد الروية في المرئيات والسماع والمسموعات لقوله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون بيانه ان الله تعالى جوز اداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالروية
والسماع فيصح الشهادة يدل عليه الاجماع ايضا الا ترى ان رجلا لو طلق امراته ثلثا
او اعتق امته وسمع الرجلان ذلك فجاءت المراة او الامة تطلب شهادتهما لم يسعهما
ترك الشهادة ولئلا يقع الرجل في الوطي الحرام قالوا انما يجوز ذلك اذا راوه يفعل ذلك
او عرفوا صحته فان سمعا كلامه من ورا الحجاب غليظا او حائط لم يسعهم الشهادة
لان الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك والنوع الثاني الشهادة
على الشهادة لا يصح ولا يثبت بنفسه بدون الاشهاد وبيانه بعد هذا ونقل في الفتاوى
الصغرى عن كراهية الواقعات رجل طلب منه ان يكتب شهادة او يشهد على عقد
فابى ذلك فان كان الطالب يجد غيره فللشاهد ان يمتنع والا فلا يسعه الامتناع
فلو كتب الشهادة وطلب منه الادا عند الحاكم فان في الصك شهادة جماعة ممن يقبل
شهادتهم واجابوه يسعه ايضا ان يمتنع وان لم يكن في الصك جماعة سواه او كانوا لكن لا
يقبل شهادتهم او يقبل لكن شهادته هذا اسرع قبولا لا يسعه الامتناع فيه من
تضييع الحق قوله قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانه لو قال اشهدني لم يجز لانه كذب لانه لم يشهده فلا يجوز
شهادة الكاذب بخلاف ما اذا قال اشهد انه باع لانه شهد عن علم فجاز ذلك
قوله ولم يسمع من ورا الحجاب لا يجوز له ان يشهد ذكر هذا بسبيل التفريع
على مسئلة القدوري وذلك لما قلنا ان الصوت يشبه الصوت فلا يحصل المعرفة
لعدم الامتياز بخلاف ما اذا احاط علمه بانه ليس في البيت غير المقر ولبس للبيت

منفردا آخر والشاهد على الباب يسمع صوته ولا يرى شخصه حيث يجوز شهادته في هذه الصورة
ليحقق العلم وقال في الفتاوى الصغرى اذا اقرت المراة وراء الحجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد
على اقرارها الا اذا راى شخصها فحينئذ يجوز شرط في شهادة النوازل رويته شخصها دون
وجهها **قوله** ولو فسر للقاضي لا يقبل بان قال اني اشهد من وراء الحجاب والنغمة الصوت
الخفي **قوله** ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا
يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد وذلك لان
الشهادة لا تثبت شيئا بنفسها ولهذا يفتقر الى قضاء القاضي بذلك فاذا كانت كذلك لم
يكن بد من الانابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع الى مجلس القاضي وكذلك
لا يجوز شهادته بالسماع اذا سمع الشاهد يشهد غيره لانه لم يوجد التحميل في حق السامع
لانه حمل غير السامع قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
قال اشهدني فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي ان يشهد على شهادته حتى يقول
اشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الاسلام واصله ان الشهادة على الشهادة تحميل
وتوكيل فلا يصح من غير تحميل اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع
لكن بتحملهم انما يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب
النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من
النقل لم يكن بد من التحميل واما عند محمد فان الحكم انما يقع بشهادة الكل فاذا كان كذلك
لم يكن بد من نقل الشهادة الى مجلس القاضي واصل هذا الاختلاف في الضمان عند الرجوع
كالضمان على الاصول عندهما وعند محمد يشتركون ان رجعوا جميعا وقال محمد في الجامع
الصغير ايضا في رجل اشهد قوما على شهادته فسمع اخرون قال ليس ينبغي لهم
ان يشهدوا على شهادته بذلك لما ذكرنا ان التحمل شرط وهو بخلاف القاضي اذا
شهد على قضيته وسمع بذلك وسعهم ان يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار
والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من غير اشهاد كذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير **قوله** قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر
الشهادة اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وكذا لم
يذكر الخلاف في شرح الاقطع وكذلك ذكر الخصاف المسالة في ادب القاضي
في باب الرجل يرى اسمه وخطه ولا يذكر الشهادة مطلقا ولم يذكر الخلاف
فلاجل هذا قال صاحب الهداية قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان
يشهد وكذلك ذكر الخلاف في المختلف حيث قال اذا وجد القاضي صحيفة
فيها شهادة شهود عنده وهو غير حافظ للحادثة لم يقض بذلك وكذلك قال
في الصك وفي رواية الاخبار وقالا له ان يقضي ويشهد ويروي اذا علم انه
خطه على الحقيقة وقال الفقيه ابو الليث في النوازل قال نصير بن يحيى
كتبت الى محمد بن مقاتل فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه قال يسعه
ان يشهد اذا كان الخط في حرزه وكتبت الى ابن الثلجي فقال قد يكون في الخط
غلط يعني لا يسعه ان يشهد قال الفقيه وهو قول ابي حنيفة والاول قول

ابي يوسف ومحمد وقال في الاجناس قال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا
نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان
انفذه قاضي غيره ثم اختصموا اليه في ذلك انفذه لان ذلك هذا مما يختلف فيه القضاة
ثم قال في الاجناس وقد ذكر في نوادر ابن رستم عن محمد بن الحسن انه يسع للشاهد ان
يشهد على خطه وان لم يذكره ولم يذكر صاحب الاجناس خلاف ابي يوسف وقال
صاحب الهداية وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه
او قضيته يعني عدم حل الشهادة للشاهد بمعرفة الخط بدون تذكر الحادثة بالاتفاق
وانما الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيما اذا راى القاضي قضيته في ديوانه
او شهادته ولم يتذكر الحادثة فعند ابي حنيفة لا يعمل بذلك خلافا لصاحبيه والى
هذا الوجه مال ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار حيث قال
واذا وجد القاضي في قمطره قضاء بخطه مختوما بختمه ولم يتذكر لم يعمل به عند ابي
حنيفة خلافا لهما وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب القاضي
يقضي بعلمه القاضي اذا وجد سجلا في ديوانه سجله وهو مختوم بخاتمه ومكتوب بخطه
ولكنه لا يذكر ذلك فعند ابي حنيفة لا يقضي بذلك حتى يتذكر وعندهما يقضي وذلك
لان السجل انما يكتب ليكون حجة عند الحاجة اليه وانما تحتاج اليه عند النسيان فاما
اذا كان القاضي ذاكرا فانه لا يحتاج الى الرجوع الى السجل في ديوانه فاذا وقعت الحاجة
اليه عند النسيان يجب ان يكون ذلك حجة وتنفيذها وابو حنيفة يقول بان العلم شرط
لنفوذ القضاء ولم يوجد العلم وكذلك اذا وجد خطه مكتوبا في صك في يدي رجل
ولكنه لا يذكر الشهادة فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يشهد وعند محمد يشهد محمد
مر على اصله وابي يوسف فرق بين مسالة الشهادة وبين مسالة السجل الذي كتبه
القاضي في ديوانه وذلك لان السجل في ديوانه وخريطته وتحت ختمه فيؤمن فيه الزيادة
والنقصان والتغيير والتبديل وليس كذلك الشهادة على الصك لانه في يد غير الشاهد
فلا يؤمن فيه الزيادة والنقصان فلا يشهد حتى يتذكر الحادثة وفي رواية الاخبار عن النبي
صلى الله عليه وسلم اذا وجد سماعه مكتوبا في موضع ولا يتذكر ذلك عند ابي حنيفة لا يحل
له ان يروي وعند محمد يحل له ان يروي وعن ابي يوسف روايتان كذا في شرح ادب
القاضي وابو حنيفة شدد في هذا الباب فشرط لحل رواية الاخبار ان يحفظ الحديث
على ظهر القلب من حين سمع الى ان يروي ولهذا قلت روايته الاخبار وعندهما لا يشترط
هذا في رواية الاخبار لان الباب باب الدين وباب الديانات مبني على التوسع الا ترى
ان قول الواحد فيه مقبول ولان في الاخبار كثرة لا يمكن حفظ الكل بخلاف الشهادات
على قول ابي يوسف لان بها قلة يمكن حفظها فيشترط الحفظ في باب الشهادات
دون رواية الاخبار قلت وعندي قول ابي حنيفة احوط لقوله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه السلام لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد
والا فدع ولان الخط يشبه الخط فاذا لم يتذكر الحادثة فلا يؤمن ان يكون ذلك الخط
خط غيره فلا يجوز الشهادة بالشك **قوله** وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني
ان القاضي كانت اثبتت شهادة الشهود في ديوانه ثم جاء المشهود له يطلب حكم

القاضي والقاضي لا يتذكر الحادثة لم يجز له ان يحكم بذلك عند ابي حنيفة قوله اوقضيته
بالنصب عطفا على قوله شهادة والضمير راجع الى القاضي قوله في قمطره اي في خريطته
قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة اي على ما قيل من الوجهين
من وجه الاتفاق والاختلاف يعني اذا ذكر مجلس الشهادة ولم يتذكر الحادثة لا يحل له
ان يشهد بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول ابي حنيفة خلافا لهما وكذلك الحكم فيما
اذا اخبره قوم ثقة شهدنا نحن وانت وهو لا يتذكر الحادثة قوله قال ولا يجوز للشاهد
ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه
يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به اي قال القدوري في مختصره
قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا تجوز الشهادة وجه القياس
ان الشهادة ماخوذة من المشاهدة ولم يوجد المشاهدة فلم تجز الشهادة كما في البيع والهبة
ونحو ذلك ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا رايت مثل الشمس فاشهد
والا فدع ووجه الاستحسان انه لا طريق الى معرفة هذه الاشيا سوى الخبر لان
العادة لم تجر بحضور الناس الولادة وانما يرون الصبي مع امه وينسبونه الى الاب
ويقولون هو ابن فلان وكذلك عند الموت لا يحضره الا الاقارب فاذا راوا الجنازة
والدفن حكموا بان فلانا مات وكذلك النكاح لا يحضره كل واحد فاذا اخبر بعضهم بعضا
ان فلانا نكح فلانة يقتصرون على ذلك في التحقق وكذلك الدخول لا يعلم الا بامارته
وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل احد فاذا تزيى للحكم وجلس القاضي مجلس الحكام
ونظر في الخصوم تحققوا انه قاضي فلما لم يكن طريق غير الخبر في معرفة هذه
الاشيا صح الشهادة بالتسامع وان لم يوجد المعاينة لانه اذا اشترط المعاينة
يلزم الحرج لانه لا يحصل المعاينة الا لخواص من الناس وقد تعلقت بهذه الاشيا
احكام تبقى على مضي الدهور فلو اشترطت المعاينة ضاعت الحقوق وفي ضياعها
حرج عظيم والحرج مدفوع شرعا الا ترى انا نشهد ان عليا ابن ابي طالب وان لم نعاين
الولادة ونشهد ان ابا بكر وساير الصحابة ماتوا وان لم نعاين الموت ونشهد ان عايشة
زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وان لم نعاين النكاح وكذا نشهد ان النبي صلى الله عليه وسلم
دخل بها وان لم نعاين الدخول وكذا نشهد ان شريح ابن الحارث كان قاضيا وان لم نعاين
ذلك ونقل الشيخ ابو نصر البغدادي عن الاصل انه اذا سمع ذلك من واحد ثقة جاز
ان يشهد ثم قال وذكر بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يشهد حتى يسمع من
جماعة ثم قال وعن ابي يوسف حتى يسمع من عدلين ثم قال الخصاف لا يسعه حتى يسمع
ذلك من العامة ويظهر اذا تتابعت به الاخبار ووقع في قلبه تصديق ذلك وسعه
ان يشهد به قال في الفتاوى الصغرى الشهادة بالشهرة في النسب وغيره بطريقين
الشهرة الحقيقية او الحكمية فالحقيقية ان يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم
على الكذب ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر والحكمية ان يشهد عنده عدلان
من الرجال او رجل وامراتان بلفظ الشهادة ثم قال فيها اذا الشهادة انما تجب بالشهرة
في الاربعة في النسب وانما لم يعاينوا الولادة والنكاح وان لم يعاينوا العقد والقضاء
وان لم يعاينوا التقليد والموت وان لم يعاينوا موته لكن الشهرة في الثلاثة الاولى لا تثبت

الاخبر

الا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب او خبر عدلين بلفظة الشهادة وفي باب الموت بخبر الواحد
العدل وان لم يكن بلفظة الشهادة قد نقله عن باب النسب من شهادات شيخ الاسلام
خواهر زاده ونقل الاستروشني في فصوله عن شهادات المحيط لا تجوز الشهادة على الاملاك
وعلى اسبابها نحو البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع وتجوز الشهادة بالشهرة والتسامع
في اشيا منها النسب حتى لو سمع من الناس ان هذا فلان بن فلان الفلاني وسعه ان يشهد
بذلك وان لم يعاين الولادة على فراشه وطريق معرفة النسب ان يسمع انه فلان بن فلان
من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن
فلان تحل له الشهادة على النسب والفقيه ابو بكر الاسكاف كان يفتي بقولهما وهو اختيار
النسفي كذا ذكره القاضي الامام ظهير الدين وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في النكاح حتى
لو راى رجلا يدخل على امراة وسمع من الناس ان فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد انها
زوجته وان لم يعاين عقد النكاح وكذا تجوز الشهادة على القضا بالتسامع حتى لو راي
رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه ان يشهد
ان قاضي بلدة كذا قضى لفلان بكذا وان لم يعاين تقليد الامام اياه وكذا الموت اذا سمع من
الناس ان فلانا مات او راهم صنعوا به ما يصنع بالموتى وسعه ان يشهد على موته
وان لم يعاين ذلك وروى بن سماعة عن محمد اذا اخبرك واحد عدل بالموت وسعك
ان تشهد به واما في النسب فلا يسعك ان تشهد به حتى يشهد عندك عدلان وهذا قولهما
وعلى قول ابي حنيفة على ما يقع في القلب وهكذا روى بشر ابن الوليد عن ابي حنيفة
انه لا يحل له ان يشهد بالنسب حتى يسمع من العامة والجواب في النكاح والقضا نظير
الجواب في النسب فقد فرقوا جميعا بين الموت وبين الاشيا الثلاثة فاكتفوا بخبر
الواحد في الموت دون الاشيا الثلاثة ثم قال في الفصول ذكر القاضي الامام
ظهير الدين في نكاح فتاواه والصحيح ان الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة
الواحد والفرق ان الموت قد يتفق في موضع لا يكون فيه الا واحد فلو قلنا بانه
لا يسمع الشهادة على الموت باخباره ضاعت الحقوق بخلاف الاشيا الثلاثة
لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة ومن المشايخ من قال لا فرق بين الموت والنسب
والقضا والنكاح وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع مسئلة انه اخبره واحد
عدل موثوق به ولم يذكر العدل الموثوق به في الاشيا الثلاثة ولو كان الواحد المخبر في الاشيا
الثلاثة عدلا موثوقا به يحل له ان يشهد ثم قال في الفصول ثم في الاشيا الثلاثة اذا ثبت
الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر العدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة
كذا ذكره الخصاف وشيخ الاسلام وبه اخذ الصدر السعيد برهان الائمة وفي فصل الموت لما
ثبت الشهرة بخبر الواحد لا يشترط فيه لفظة الشهادة بالاجماع بل يكتفى بمجرد الاخبار قوله
فصار كالبيع اي صار كل واحد من هذه الاشيا كالبيع حيث لا يجوز الشهادة بالتسامع
في البيع لعدم المشاهدة فكذلك هنا قوله احكام تبقى كالارث في النسب والموت
والنكاح وكثبوت الملك في قضا القاضي وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك
مثل النسب والعدة والاحصان قوله بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد هذا البيان الفرق
بين البيع وبين الاشيا المذكورة لانه تجوز الشهادة بالتسامع فيها دون البيع على وجه الاستحسان

وقال في خلاصة الفتاوى الشهادة على الدخول بالمنكوحة بالتسامع جائزة في مختصر القدوري
ثم قال وفي فوائد استاد ناظهير الدين لا يجوز لهم ان يشهدوا على الدخول بالتسامع ولو اراد
ان يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة قوله و ذلك بالتواتر او باخبار من يثق به
اي الاشتهار انما يكون حقيقة او حكما فالاول التواتر والثاني اخبار من يثق به كرجلين
عدلين او رجل وامراتين عدول بلفظة الشهادة وقد مر بيان ذلك عن الفتاوى
الصغرى قوله كما قال في الكتاب اي في مختصر القدوري وهذا اشارة الى ما ذكره
بقوله قبل هذا الذي اخبره بها من يثق به قوله وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد
او واحدة انما قال بلفظ قيل لان في الموت اختلاف المشايخ عامتهم على انه يكتفي باخبار
واحد عدل وهو المروي عن ابن عباس سماعة عن محمد قال اذا اخبره عدل بالموت
وسعه ان يشهد به وقد مر ذلك وبعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد كما في النكاح واليه
ذهب ظهير الدين في نكاح فتاواه وقد مر قبل هذا قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ونقل في الفصول عن المحيط واذا
شهد شاهدان على موت رجل فهذا على وجهين ان اطلقا ذلك اطلاقا ولم يبينا
شيئا او قالا لم نعاين موته وانما سمعنا من الناس ففي الوجه الاول تقبل شهادتهما ويحمل
على سبب يطلق لهما اداء الشهادة وهو الشهرة او المعاينة وفي الوجه الثاني ان لم يكن
موت فلان مشهورا لا تقبل الشهادة بلا خلاف والشهرة لا تثبت بقولهما سمعنا من الناس
لان السماع قد يكون على وجه لا يثبت به الشهرة فان السماع من جمع لا يتصور تواطؤهم
على الكذب او من واحد عدل تثبت الشهرة وقد يكون السماع على وجه لا تثبت به
الشهرة بان سمعنا من واحد غير عدل او من جماعة ليسوا بعدول فلهذا لا تقبل الشهادة
وان كان موت فلان مشهورا ذكر في الاقضية انها تقبل وهكذا ذكر الخصاف في ادب
القاضي وقد قال بعض مشايخنا لا تقبل وبه اخذ الصدر الشهيد حسام الدين قوله
ثم اذا فسر لا تقبل بان قال رايت هذه العين في يد فلان في وقت من الاوقات قوله
ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله
الاول من الشهادة والثاني من المشهود يعني الحضور لو فسر للقاضي بان قال كنت
حاضرا دفنه او صليت على جنازته قبل قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه
الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولاء
يعني قصر اعتبار التسامع في كتاب القدوري على الاشياء الخمسة في قوله الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف اي لا يجوز
الشهادة بالتسامع فيهما قال في شرح الاقطع قال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز الشهادة
بالولاء الا ان يسمع المعتق هكذا ذكر في الاصل في رواية ابي حفص وهو قول ابي يوسف
الاول ثم رجع وقال اذا شهدوا على ولاء مشهور جاز وهو احدى الروايتين عن محمد
الى هنا لفظ شرح الاقطع وجه قول ابي يوسف الاخر ان الولاء لحمة كلحمة النسب
النسب وفي النسب يجوز الشهادة بالتسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان
ثوبان مولى رسول الله وبلالا مولى ابي بكر الصديق وعكرمة مولى ابن عباس
ووجه قولهما ان المعتبر في باب الشهادة هو العلم لقوله تعالى الا من شهد

بالحق

بالحق وهم يعلمون والعلم انما يكون بالعيان او بما يبلغ درجة العيان فلا يعتبر التسامع لان
الولاء قلما يشتهر ولان الولاء من احكام العتق لانه يثبت به والعتق لا يثبت بالخبر المستفيض
فكذا ما يتعلق به من الولاء وليس كذلك النسب فانه يتعلق بالفراش والفراش يثبت
بخبر الاستفاضة فكذا النسب يثبت بذلك وايضا انما اكتفي في النسب بالتسامع
لمكان الضرورة لان النسب يثبت بالعلوق ولا وقوف لاحد على العلوق فلو لم يعتبر
التسامع لادى الى حرج عظيم ولا ضرورة في الولاء لان الاصل هو الملك والتسامع ليس
بحجة في باب الملك واما حديث ثوبان وبلال فذلك من باب الاخبار كما نخبر ان عضباء
ناقة رسول الله وقال في شرح الاقطع ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة وقال
محمد يجوز وهو احد قولي الشافعي الى هنا لفظ شرح الاقطع وقال في الفصول ذكر
في الاملاء عن محمد ان الشهادة على المهر بالتسامع لا يجوز والشهادة في الوقف هل تحل
بالشهرة والتسامع لا رواية لهذا ثم قال في الفصول وقد اختلف المشايخ فيها بعضهم
قالوا تحل وبعضهم قالوا لا تحل ومن المشايخ من قال يجوز الشهادة على اصل الوقف بالتسامع
اما على شرائط الوقف فلا واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح لان اصله يشتهر
اما شرائطه فلا يشتهر ولو شهدا بالوقف وصرحا بالتسامع يقبل وقال في الفتاوى
الصغرى في باب الشهادة بالنسب والموت ونص الفضلي ان الشهادة على الوقف
بالشهرة لا يجوز وذكر في الفتاوى الصغرى ايضا في الفصل الثاني من كتاب الشهادات
اذا شهدوا على ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل في باب قبض
الديون من القاضي المعزول قال الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا
بد من ذكر الواقف واذا شهدوا على ان هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز
ولا يقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال في الفتاوى الصغرى وما ذكر ههنا
وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد وعلى المقبرة
ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لا يشهد على هذا
الوجه بالتسامع قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد
انه له وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه قال اذا رايت شيئا في يدك سوى العبد والامة وسعني ان اشهد انه لك
وذلك لان يد التصرف بلا منازع من اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا وقوف على
حقيقة الملك في حق الشاهد سوى ذلك لان اقصى ما في الباب معاينة الشاهد
اسباب الملك من الشراء والهبة ونحو ذلك والملك للمشتري او الموهوب له انما يكون
اذا كان ذلك الشيء ملكا للبائع او الواهب وملكهما يثبت بيد التصرف فصار
مرجع الدلالة على كون الشيء ملكا لمن في يده هو اليد فكان اقصى ما يستدل به على الملك
اليد فجاز ان يشهد الشاهد بدلالة اليد على الملك ولكن لا يقول عند الشهادة اشهد
بانه ملكه لاني رايته في يده لان الظاهر يكفي لاداء الشهادة اما لا يكفي للقضاء الا في
العبد والامة اذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما فلا يكون مجرد استعمالهما دليل
الملك لان الحر قد يخدم الحر اعانة او اجارة كانه عبد واذا كان هذا امرا معتادا فيما
بين الاحرار لم يجز الاستدلال بذلك على الملك وهذا اذا كان لا يعرف انهما رقيقان اما

اذا عرفا انهما رقيقان فيجوز الشهادة لان العبد والامة لا يد لهما على انفسهما وكذا لا يجوز
الشهادة بالرق اذا كانا صغيرين لا يعبران عن انفسهما وان لم يعرفا انهما رقيقان لهذا
المعنى قال ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي واذا كانت الدار
او الثوب او الدابة او العبد في يدي رجل وسعك ان تشهد انه له وان لم تكن رايته
قبل ملكه الساعة في يده في رواية عن ابي يوسف في الاملاء ثم قال وذكر محمد في
الجامع الصغير عن ابي حنيفة اذا رايت الشي في يدك سوى العبد والامة وسعني ان اشهد
لك ثم قال قال ابو بكر الرازي اراد برواية الجامع الصغير اذا كان العبد كبيرا ممن يثبت
له يد ويعبر عن نفسه فاما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه ويتولى عليه فهو كالثوب
وجه رواية ابي يوسف ان الملك يعرف باليد والتصرف وقد ظهرت يده فكان له ٥٥
ان يشهد بالملك له واما رواية الجامع الصغير فلان العبد اذا كان كبيرا يعبر عن نفسه فهو
في يد نفسه وظاهره الحرية فلا يصدق الشاهد عليه انه عبده ثم قال الناصحي قال
ابو يوسف انما يجوز ان نشهد على الملك اذا وقعت معرفة ذلك في تمليكه ثم
قال الناصحي قال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا لانه يشهد بالملك بالاستدلال فوجب
ان يشهد عند سكون القلب وحصول غالب الظن **قوله** وقال الشافعي دليل
الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا اراد به الخصاف كذا ذكر الصدر
الشهيد في ادب القاضي وذلك لان اليد محتمل والمحتمل لا يكون حجة ونحن نقول
ايضا التصرف محتمل لانه يجوز ان يتصرف بحكم الملك ويجوز ان يتصرف بالوكالة
وغيرها **قوله** ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون
المالك حل استحسانا مسايل هذا الباب اوردها في شرح ادب القاضي على اربعة اوجه
الوجه الاول ان يعاين المالك والملك جميعا فيجوز له ان يشهد لانه شهادة عن علم وبصيرة
والوجه الثاني ان لا يعاين واحدا منهما فلا يجوز ان يشهد لانه مجازف في هذه الشهادة
والوجه الثالث ان يعاين المالك ولا يعاين الملك لم يجز له ان يشهد لان المشهود به
وهو الملك مجهول وكذلك لا يجوز ان يشهد اذا عاين الملك ولم يعاين المالك وهو
الوجه الرابع لان الملك يقتضي مالكا والمالك ملكا كذا ذكر الناصحي في تهذيب ادب
القاضي ثم قال الناصحي قال ابو بكر الرازي اذا عاين المالك ولم يعاين الملك
ينبغي ان لا يقبل وانما يجوز الشهادة اذا عاين الدار ولم يعاين المالك اذا كان مشهورا
بالاستحسان لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الناصحي ايضا في كتابه
فان المالكة امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان مشهورا ان الملك لها جاز له ان يشهد
عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة بدليل انه لو قال لفلان علي الف درهم والمقر له
مشهور فطلب المقر له السامع بتلك الشهادة جاز له ان يشهد **قوله** واما العبد
والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك اي وسعك ان تشهد انه له **قوله** فذلك
مصرف الاستثنا اراد به قوله سوى العبد والامة **قوله** والفرق ما بيناه اي الفرق
بين الثياب وبين العبد والامة ان اليد انما هي ما يستدل به على الملك فيما سوى
العبد والامة اذا كانا كبيرين لان لهما يدا على انفسهما **باب** من تقبل شهادته
ومن لا يقبل لما ذكر ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع الشهادة

ومن لا

ومن لا يسمع الا انه قدم الاول لان المحال شروط والشرط مقدم كالطهارة في الصلاة **قوله** ولا تقبل
شهادة الاعمى وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان شهادة الاعمى لا تجوز عند ابي حنيفة
سواء كان بصيرا عند تحمل الشهادة ثم عمي عند الاداء او اعمى في الحالين وقال ابو يوسف
اذا كان بصيرا عند التحمل اعمى عند الشهادة يقبل شهادته في غير الحدود والقصاص
وهو قول مالك والشافعي وابن ابي ليلى كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وكذا ذكر
خلاف ابي يوسف في ادب القاضي وفي الاسرار ولكن ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح
ادب القاضي خلاف ابي يوسف كذلك وذكر قول محمد مع ابي يوسف ولم يذكر القدوري
خلاف ابي يوسف بل ذكر المسالة بلا خلاف كما ترى ولكن قال في كتابه المسمى بالتقريب
قال ابو حنيفة ومحمد وزفر اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي لم تقبل شهادته وقال
ابو يوسف تقبل الى هنا لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن ابي
حنيفة وزفر جواز شهادة الاعمى في النسب لان ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج
فيه الى نظر ومعاينة كذا في التقريب وقال في الاسرار وعند زفر يجوز شهادة
الاعمى فيما يجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي
وهي رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في الاسرار وجه قول ابي يوسف ان
حدوث العمى بعد التحمل لم يتعذر معه الا معاينة المشهود عليه والاشارة اليه
وهذا لا يمتنع من الشهادة كما لو شهد البصير على غايب او ميت ووجه قول
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما قوله عليه السلام لابن عباس اذا رايت مثل الشمس
فاشهد والا فدع ولان الاعمى لا يمكنه التمييز بين الخصمين الا بالاستدلال بالنغمة وفيها
شبهة ولا بد في الشهادة من العلم ولم يوجد العلم فلم تجز الشهادة ولان العمى معنى يمنع
تحمل الشهادة فيمنع ادامتها ايضا كزوال العقل وعدم الضبط ولان كل شخص لا يجوز ان
يكون قاضيا في حادثة لا يجوز ان يكون شاهدا فيها كالعبد والصبي فاما في حالة الموت
او الغيبة فلا بد من حضرة وكيل او وصي او وارث ليشار اليه والاعمى عاجز عن ذلك
حقيقة فان قيل يجوز خبر الاعمى في الديانات اذا كان عدلا فلم لا يجوز قبول شهادته قيل
له ان الشهادة مخالفة للخبر الا ترى انا نقبل خبر العبد والمحدود في القذف ولا يقبل
شهادتهما في الحدود والقصاص وما يسقطه الشبهة فقد بان لك ان الشهادة غير
جارية مجرى الخبر كذا قال ابو بكر الرازي في شرحه لادب القاضي وجه قول زفر ان
صحة الشهادة موقوفة على العلم بالمشهود به والمشهود عليه ويوجد هذا المعنى في حق
الاعمى بالضبط والاستفاضة كما يوجد في حق البصير ولنا ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجوز
فيه الشهادة بالتسامع لا تقبل شهادته فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كالصبي والمجنون
وقولهم ان الاعمى يحصل له العلم بالضبط والاستفاضة كالبصير قلنا لا نسلم لان اكثر ما يوجد
في حق الاعمى الاستدلال بالنغمة وفيها اشتباه **قوله** وفيه شبهة اي في النغمة وذكر
الضمير على تاويل الصوت ومثل ذلك جايز كما في قوله ولا ارض ابقل ابقالها **قوله**
يمكن التحرز عنها احترازا عن وطي الاعمى امته او امراته **قوله** ولو عمي بعد الاداء يمتنع
القضا عند ابي حنيفة ومحمد اعلم ان الشاهد اذا عمي او خرس بعد اداء الشهادة قبل الحكم
بها لم يجز الحكم بها عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا ذكر الخصاف الخلاف

في ادب القاضي وذكر قول الشافعي مع ابي يوسف في الاسرار وجه قول ابي يوسف
انه معنى طرا بعد ادا الشهادة فلا يمنع الحكم بها كالموت الشاهدان بعد ادا الشهادة
او غابا او جنا او عميا بعد الحكم بها ولنا ان العمى يبطل الشهادة ويخرج الاعمى من ان
يكون شاهدا فاذا طرا على الشهادة قبل القضا بها منع القضا كالفسق والكفر بخلاف
الموت لانه يتم الشهادة بها فلا يبطلها والغيبة لا تبطل اهلية الشهادة وليس كذلك
العمى بعد الحكم بالشهادة لانه وجد بعد انتها الحكم بها ولا نسلم ان الجنون بعد الشهادة
قبل الحكم بها لا يمنع الحكم بها لان الرواية عن ابي حنيفة بخلاف ذلك الا ترى الى ما
ذكر الخصاف في ادب القاضي وكذلك كل من صار قبل ان ينفذ القضا بشهادته
بحال لا يقبل شهادته مثل ان يذهب عقله او يخرس فان شهادته تبطل لما ذكرنا
قوله قال ولا المملوك اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله شهادة
الاعمى اي ولا تقبل شهادة المملوك وقال في الفتاوى الصغرى في باب من تقبل
شهادته ومن لا تقبل شهادة العبد تقبل عند مالك وشهادة الصبي فيما لا يحضره
الا الصبيان تقبل عنده ايضا ثم قال ذكره في شرح مختلف الرواية اعلم ان شريحا كان
يجيز شهادة العبد وكذا داود بن علي الاصفهاني كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في
اول قضا شرح الجامع ولكن مذهب مالك بخلاف ما ذكر في الفتاوى الصغرى في كتبه
ولهذا قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وقول مالك ليس بثابت عنه لان محمدا
ادعى الاجماع وهو كان عالما بمذاهبه ولو كان هذا ثابتا لما ادعى فيه الاجماع وكذا الشافعي
لم يذكر هذا المذهب عن مالك ولو كان ثابتا عنه لما خفي على الشافعي لانه كان تلميذا
له وقيل ان يحيى ابن اكثم القاضي كان اعرف الناس باقاويل اهل زمانه وهو
ادعى الاجماع في قبول شهادة العبد دل ان قول مالك غير ثابت عنه بل هو
منحول عليه الى هنا لفظ الشيخ ابي المعين رحمه الله وقال الامام العتابي في شرح الجامع
واجمعت الصحابة ان لا شهادة للعبيد وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل وتجوز
شهادة العبد في كل شي الا في الحدود ولي في دعوى الاجماع نظر لان البخاري
قال في صحيحه وقال انس شهادة العبد جايزة اذا كان عدلا واجازه شريح
وزرارة ابن اوفى وقال ابن سيرين شهادته جايزة الا العبد لسيده واجازه الحسن
وابراهيم في الشي التافه وقال شريح كلكم بنو عبيد واما الى هنا لفظ الصحيح والاصل
في عدم قبول شهادة العبد قوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا بيانه انه تعالى
جعل من صفة الشاهد ان يلزمه الاجابة اذا ادعى والعبد لا يلزمه ذلك فلم يكن شاهدا
لانه يخل بخدمة مولاه لانه يشتغل في كل يوم في اقامة الشهادات وهذا غير جايز عند
الجميع لان عليه ان يخدم المولى متى استخدمه فدل انه ليس بداخل في الخطاب ولان
الشهادة من باب الولاية لانها تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للعبد لقوله تعالى ضرب
الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي فلا يجوز شهادته واستدل الناصحي في تهذيب
ادب القاضي بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والعدالة ماخوذة من
استقامة الحال والعبد غير مستقيم الحال فلم يكن شاهدا ولان العبد لا يرث بحال
فلا يكون شاهدا لان الارث يجري مجرى الشهادة لان شهادة المراة على النصف

من شهادة الرجل

من شهادة الرجل وترث نصف ما يرث الرجل فاذا لم يكن وارثا لم يكن شاهدا وقال شمس
الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا يجوز
شهادة العبد وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا حفص
بن غياث عن الحجاج عن عطا عن ابن عباس قال لا يجوز شهادة العبد وقال الخصاف
ايضا حدثنا قبيصة بن عقبة وموسى بن مسعود قالا حدثنا سفيان الثوري عن
ابن ابي نجيح عن مجاهد واستشهدوا شهيدين من رجالكم قال من الاحرار قوله ولا
المحدود في قذف وان تاب وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المحدود في
قذف لا تقبل شهادته عندنا وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهو من لفظ
القدوري في مختصره اعلم ان المحدود في قذف لا تقبل شهادته عندنا الى قول مالك وعثمان
البتي لقوله تعالى الا الذين تابوا بيانه ان المانع من قبول شهادته الفسق وبالتوبة
ارتفع الفسق فيقبل شهادته قياسا على المحدود في الزنا او الشرب او السرقة
اذا تاب فان شهادته تقبل بالاتفاق الا عند الحسن بن حي والاوزاعي فان
عندهما لا تقبل شهادة من حد في الاسلام بعد التوبة في قذف او غيره كذا ذكر
ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي ولنا قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واوليك هم الفاسقون
الا الذين تابوا واصلحوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم بيانه ان الله تعالى
ذكر عدم قبول الشهادة على التابيد ولا يكون ذلك الا اذا لم تقبل شهادته بعد التوبة ولو
كان المراد عدم قبول الشهادة قبل التوبة لم يحتج الى ذكر التابيد لان عدم قبول الشهادة
قبل التوبة يفهم من مجرد قوله ولا تقبلوا لهم شهادة والاستثنا ليس براجع الى جميع ما تقدم
لان من جملته قوله تعالى واوليك هم الفاسقون وليس من رفع الفسق قبول
الشهادة كالعبد العدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط انا ارسلنا الى قوم
مجرمين الا ال لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امراته ان الاستثنا راجع الى المنجين لا الى
المهلكين وكذا قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الى قوله الا ان يصدقوا فان
الاستثنا ينصرف فيه الى الدية دون الكفارة ولانه لو قال لفلان علي عشرة دراهم
الا ثلثة الا اثنين يلزمه تسعة صرفا لكل واحد من الاستثنا الى ما يليه يويده
قول عمر رضي الله عنه فيما كتب الى ابي موسى الاشعري المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا مجلودا في حد قذف وهو مشهور عن عمر ذكره المبرد في كتابه المسمى
بالكامل وغيره في كتبهم ولان الفسق ليس بعلة لرد شهادة المحدود في القذف بل
العلة قذف بشريطة العجز عن اقامة البينة بدليل قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهدا وانما قلنا انه ليس بعلة اذ لو كان علة لترتب الحكم عليه ولقال
واوليك هم الفاسقون فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فلما قال واوليك هم الفاسقون
بعد قوله ولا تقبلوا لهم شهادة علم ان الفسق ليس بعلة فلما لم يكن الفسق علة لم يلزم
من زواله قبول الشهادة فان قلت لو قال ان فعلت كذا فعلي حجة ومالي صدقة
ان شا الله فانه يرجع الى جميع ما تقدم فكذا ينبغي ان يرجع الاستثنا في الاية الى جميع ما
تقدم قلت لا انكار كذلك لان الجلد لا يرتفع بالتوبة ولان الاستثنا بمنزلة التخصيص

لان كل واحد منهما يخرج من الكلام بعضا والتخصيص يكون في المحقق لا في المشكوك فكذا
الاستثنا ورفع الفسق بالتوبة محقق فينصرف الاستثنا الى ما يليه لا الى جميع ما تقدم
لانه مشكوك وقياس الاستثنا بالاعلى الاستثنا بان شا الله باطل لان ان شا الله
موضع لرفع الكلام عن اصله والاستثنا بالا موضوع لاخراج بعض الجملة منها فيفسد
القياس الا ترى انه لو قال لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة لم يصح الاستثنا ويلزمه
العشرة ولو قال ان شا الله يصح ولم يلزمه شي فان قلت كيف ينصرف الاستثنا الى ما
يليه والاصل في الاستثنا هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه
والتوبة ليست من جنس الفسق قلت الاستثنا من عموم الاحوال كانه قال والله
اعلم واوليك هم الفاسقون في جميع الاحوال الا في حال التوبة فيكون الاستثنا متصلا
او نقول الاستثنا منقطع بمعنى لكن كقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين فلا
يرد السوال والباقي يعرف في طريقة الخلاف وغيرها من كتب اصحابنا رضي الله عنهم
قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله اي لان عدم قبول الشهادة
من المحدود في القذف من تمام الحد يعني من جملة الحد لان قوله تعالى ولا تقبلوا
عطف على قوله فاجلدوهم والجلد صلح حدا لكونه مانعا عن ارتكاب القبيح فيكون
عدم قبول الشهادة ايضا حدا لكونه مانعا عنه ثم بعد التوبة لا يرتفع الجلد فكذا لا يرتفع
عدم القبول بخلاف المحدود في السرقة والزنا وشرب الخمر حيث تقبل شهادته
بعد التوبة لان الرد هناك للفسق وقد زال بالتوبة فظهر الفرق قوله ولو حد
الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وقد امضينا بيانه
في باب حد القذف اعلم ان الذمي اذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على اهل
الذمة ثم اذا اسلم جازت شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام جميعا لان هذه الشهادة
تعد ذلك على اهل الذمة ثم اذا اسلم جازت شهادته على اهل الذمة ثم اذا اسلم جازت الى
بعد الاسلام شهادة حادثة غير تلك الشهادة المردودة تتمة للحد لانها حصلت
بعد الاسلام بخلاف العبد اذا قذف فحد ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لم يكن
للعبد شهادة اصلا حال رقه لا على الكافر ولا على المسلم ولا بد في حد القذف من رد الشهادة
وانما حصلت له الشهادة بعد العتق فترد شهادته الان تتمة للحد قال في الشامل
في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا
بعد البلوغ والعتق والاسلام تقبل لان المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت
شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل لان المردود شهادة فيكون فيه نقض قضا
قد امضي باجتهاد كاحد الزوجين ردت شهادته ثم اعادها بعد الابانة لا يقبل والمولى
اذا شهد لعبده ثم اعادها بعد الاعتاق كذلك ولو شهد لمولاه بعد العتق وقد تحملها حال
الرق جاز الى هنا لفظ الشامل قوله قال ولا شهادة الوالد لولده ولا شهادة
الولد لابويه واجداده اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره بالاجماع والاصل
فيه ما ذكر الخصاف باسناده في كتاب ادب القاضي قال حدثنا صالح بن زريق
وكان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن
الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

لا يجوز

لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا
السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره ولان منافع الاملاك متصلة في قرابة
الولاد ولهذا لا يجوز وضع الزكوة فيهم فلو جاز شهادة الوالد لولده او على العكس كان ذلك شهادة
لنفسه من وجه فلم يجز ولان مال الولد قد جعل في حكم مال الوالد ولهذا كان له حق التملك
بدليل ما روي في شرح الاثار وغيره مسندا الى جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال انت ومالك لابيك فلو جازت الشهادة كانت شهادة لنفسه وقال في
شرح الاقطع قال داود تقبل الشهادة في جميع ذلك قلت هذا خلاف الاجماع فلا يلتفت
اليه قال صاحب الهداية والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقال في خلاصة الفتاوى ولا يجوز شهادة الاجير لاستاذه
اراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة
معلومة اما الاجير المشترك اذا شهد للمستاجر تقبل واما الاجير الوحد وهو الذي استاجره
مياومة او مشاهرة او مسانهة باجرة معلومة لا يقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك
لان منافع الاجير الوحد مستحقة للمستاجر ولهذا لا يجوز له ان يواجر نفسه من اخر
في تلك المدة فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادته بالاجر فلا يجوز وذلك لان
شهادته من جملة منافعه وهي مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله في المتن فيصير كالمستاجر
عليها اي على الشهادة وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون قال محمد في رجل
استاجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم قال القياس ان لا تقبل ولو
كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال ابطلها بمنزلة رجل
شهد لامراته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضي فاني ابطل
شهادته فان لم يبطل شهادته حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت بمنزلة المراة
اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاد يجوز الى هنا لفظ العيون قال ابو العباس الناطفي
في الاجناس قال في كتاب ديات الاصل تقبل شهادة الاجير قال ابو العباس هذا محمول
على الاجير المشترك لانه قد ذكر في نوادر ابن رستم قال محمد لا اجيز شهادة الاجير
مشاهرة وان كان اجيرا مشتركا قبلت شهادته قوله وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت اي التلميذ الخاص هو المراد من القانع المذكور في الحديث وقد حدث
صاحب السنن عن حفص بن عمر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخاين والخاينة وذي الغمر
ورد شهادة القانع لاهل البيت واجازها على غيرهم وقيل اراد بالقانع من ان يكون مع القوم
كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السايل يطلب معاشه منهم كذا قال المطرزي
في المغرب والمتعلم الذي ياكل في بيت استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث
قوله ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر هذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي
تقبل شهادة احد الزوجين للاخر على احد القولين كذا في وجيزهم وجه قوله ان عقد
النكاح اوجب وصله بين الزوجين فيما اوجبه عقد النكاح والمال امر وراء ذلك
واموالهما متميزة بحيث لا يتصرف احدهما في مال الاخر فجازت شهادة كل واحد
منهما للاخر كالاخوين غاية ما في الباب ان فيه تهمة الكذب وهي منتفية بالعدالة

بخلاف قرابة الولاد حيث لا يجوز الشهادة لان الشهادة كانها واقعة لنفس الشاهد باعتبار وجود
البعضية ولنا ما روي الخصاف باسناده الي عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا
الزوج لامراته ولان كل واحد منهما منتفع بمال الاخر عرفا فصار متهما في الشهادة
لجر النفع الي نفسه وشهادة المتهم مردودة فلا تقبل ولان بينهما سببا يوجب التوارث
في جميع الاحوال فلم يجز شهادة احدهما للاخر كالوالد والولد بخلاف شهادة الغريم لمديونه
حيث يجوز لان الغريم لا يتعلق حقه علي المال المشهود به فلم يكن متهما فجازت شهادته
فان قلت روي ان فاطمة رضي الله عنها ادعت فدك بين يدي ابي بكر رضي الله
عنه فشهد لها علي رضي الله عنه وامراة فقال ابو بكر رضي الله عنه ضمي الي
الرجل رجلا او الي المراة امراة فعلم بذلك ان ابا بكر اجاز شهادة احد الزوجين
لصاحبه حيث امرها بالضم وعلي رضي الله عنه جوز ذلك حيث شهد لها وفاطمة
رضي الله عنها جوزت ذلك ايضا حيث استشهدت عليا رضي الله عنه ولم ينقل
عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا والاجماع متقدم علي القياس وخبر الواحد
قلت الصحيح من الرواية ان ابا بكر رد دعواها فانها ادعت فدك ميراثا من النبي
صلى الله عليه وسلم فرد دعواها وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول انا معاشر الانبيا لا نورث ما تركناه صدقة فان قلت هما شخصان بينهما سبب
لا يوجب العتق اذا ملك احدهما الاخر فجازت شهادته للاخر كابن العم قلت هذا
وصف لا تاثير له لبطلانه بالعبد مع سيده لان بينهما سببا وذلك السبب لا
يوجب العتق عند الملك ومع هذا لا تجوز شهادة احدهما للاخر قال الخصاف
في كتاب ادب القاضي حدثنا عبد الله ابن محمد قال حدثنا وكيع قال كان ابن ابي
ليلى يجيز شهادة الزوج لامراته ولا يجيز شهادة المراة لزوجها قوله والايدي متميزة
اي مجتمعة يعني ان يد كل واحد من الزوجين تقتصر في التصرف علي ملك
نفسه لا تتعدي الي ملك صاحبه حيث لا يجوز تصرفه فيه من قولهم حاز الراعي ابله
يحوزها حوزا اذا جمعها وساقها وكذا الحمار اذا ساق اتنه قوله ولا معتبر بما فيه من
النفع اي لا معتبر بما في قبول شهادة احد الزوجين لصاحبه من النفع الحاصل منه
للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه يعني لا يتهم الشاهد بهذا القدر
من النفع لان ذلك النفع ليس بمقصود بل حصل في ضمن الشهادة فلا يعتبر كما في
الغريم وهو رب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس تقبل شهادته وان
كان له فيه نفع حصل ضمنا لا قصدا قوله ولنا ما روينا اشارة الي قوله ولا المراة
لزوجها ولا الزوج لامراته قوله ولا شهادة المولي لعبده هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا لمكاتبه وذلك لما روينا في حديث الخصاف ولا العبد
لسيده ولا السيد لعبده والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم والماذون لا يخلوا اما
ان يكون عليه دين او لا فان لم يكن عليه دين كانت شهادة المولي له كشهادته
لنفسه لان ما يحصل له للمولي لان العبد وما في يده لمولاه وان كان عليه دين
فلا تقبل الشهادة ايضا لانه شهادة لنفسه من وجه لان الملك يظهر في الكسب

للمولي عند فراغ العبد عن حاجته فكان الملك مراعي موقوفا حاله بين ان يكون للغرما او
للمولي فكان في الشهادة نفعا للمولي فلم تقبل قوله ولا شهادة المولي لعبده هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا لمكاتبه وذلك لما روينا في حديث الخصاف ولا العبد
لسيده ولا السيد لعبده والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم والماذون لا يخلوا اما ان
يكون عليه دين او لا فان لم يكن عليه دين كانت شهادة المولي له كشهادته لنفسه
لان ما يحصل له للمولي لان العبد وما في يده لمولاه وان كان عليه دين فلا تقبل الشهادة
ايضا لانه شهادة لنفسه من وجه لان الملك يظهر في الكسب للمولي عند فراغ
العبد عن حاجته فكان الملك مراعي حاله بين ان يكون للغرما او للمولي فكان في
الشهادة نفعا للمولي فلم تقبل قوله ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
هذا لفظ القدوري في مختصره وانما لم تجز شهادة الشريك لما روينا من الحديث ولان
كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب فكان شهادته لنفسه فلم تجز بخلاف
الشهادة فيما ليس من شركتهما حيث تقبل لانه شهادة عدل لغيره ولا تهمة فيه قال
في الشامل في قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وان كان عدلا فيما خلا
الحدود والقصاص وغير المفاوض ايضا في تجارته قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه
وعمه وذلك لعموم قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فيعمل بعمومه الا فيما ورد
التخصيص بالدليل ولانه اتصال في الاملاك ولا بسوطة فانعدمت التهمة فقبلت
ولان العداوة والتحاسد بين الاخوة ظاهرة فتنتفي التهمة المانعة من الشهادة الا ترى
ان اول عداوة ظهرت في الدنيا بين الاخوة كما عرفت في قصة قابيل وهابيل
وكذلك قصة يوسف واخوته وروي عن شريح في ادب القاضي للخصاف انه قبل
شهادة الاخ للاخ وكذا روي فيه عن ابن سيرين والشعبي وعمر بن عبد العزيز وقال
وقال في الشامل وتقبل لولد الرضاع ولام المراة لان هذه المعاني لا يوجب الا
حرمة النكاح لا اتصال منافع الاملاك وقال في خلاصة الفتاوي وتقبل لام امراته
وابنتها ولزوج ابنته ولامراة ابنه ولامراة ابيه ولاخت امراته ومن السلف
من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ذكره شمس الايمة السرخسي في شرح ادب
القاضي قوله قال ولا تقبل شهادة مخنث اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه فاسق في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق وقد روي صاحب السنن
باسناده الي ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن المخنثين
من الرجال والمترجلات من النساء المتشبهات من النسا بالرجال وهذا في
المخنث في الفعل الخبيث اما الذي يسميه الناس مخنثا لضعف خلقته ورعونته
وهو عدل في نفسه فتقبل شهادته ولا يكون ذلك قادحا في شهادته قوله
ولا نايحة ولا مغنية اي قال القدوري في مختصره والاصل في ذلك ما روي البخاري
في الصحيح في كتاب الجنايز باسناده الي مسروق عن عبد الله بن مسعود قال قال
النبي صلى الله عليه وسلم ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعي بدعوى
الجاهلية وروي صاحب السنن باسناده الي ام عطية قالت نهانا رسول
الله عن النياحة وروي ايضا باسناده الي ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال

لعن رسول الله النائحة والمستمعة بيانه ان النوح بما كان منهيا وقد باشرته النائحة لم تؤمن
ان تباشر شهادة الزور ايضا فلا تقبل شهادتهما وذكر في الذخيرة لم يرد بالنائحة التي
تنوح في مصيبتها وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة
ولنا فيه نظر لان النبي عليه السلام نهى عن النياحة مطلقا من غير فصل واما المغنية
فانها مرتكبة للحرام ايضا فلا يسمع شهادتها لانها لم تمتنع عن محظور دينها فيجوز ان لا
تمتنع عن شهادة الزور ايضا وهي محظورة دينها والدليل عليه ما ذكره الواحدي في
سورة لقمان في سبب نزول قوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث
باسناده الى ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم
المغنيات ولا بيعهن واثمانهن حرام وفي مثل هذا انزلت هذه الاية ومن
الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله الى اخر الاية وما من رجل يرفع
صوته بالغنا الا بعث الله عليه شيطانين احدهما على هذا المنكب والاخر على
هذا المنكب فلا يزالان يضربان بارجلهما حتى يكون هو الذي يسكت وقد روى
اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة
والمغنية ونقل صاحب الاجناس عن ادب القاضي املا قال لا تقبل شهادة اصحاب
المعصية وقطاع الطريق واصحاب الفجور بالنسا ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يقعد
مع الغنا والنائحة والنايح والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هولا الى هنا لفظه
قوله ولا مدمن الشرب على اللهو هذا لفظ القدوري اي لا تقبل شهادة مدمن الشرب
على اللهو وانما اطلق ادمان الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر
والسكر ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق والفضيخ البسر اذا اخرج
منه الما وغلا واشتد وقذف بالزبد وذلك بان يكسر ويدق والباذق هو المطبوخ
ما قل من الثلثين وكل ذلك يحرم شرب قليلها وكثيرها الا ان منكر حرمة الخمر يكفر
ومنكر حرمة هذه الاشيا لا يكفر ويجب الحد في الخمر بشرب قليلها اذا لم يكن عن ضرورة
العطش والاكراه وفي هذه الاشربة لا يجب الحد الا بالسكر ويشترط الادمان في الخمر
وهذه الاشربة لسقوط العدالة الا ترى ان محمدا قال في الاصل ولا يجوز شهادة
الاخرس ولا شهادة الفاسق ولا شهادة اكل الربوا المشهور بذلك المعروف به المقيم عليه
ولا شهادة مدمن الخمر ولا شهادة مدمن السكر الى هنا لفظ محمد في الاصل وكذلك ذكر
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وشرط الادمان في الخمر والسكر جميعا ولهذا قال الامام
فخر الدين قاضي خان في فتاواه ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة
ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم في شرب الخمر
في بيته لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او خرج سكران
يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وقال في الفتاوى الصغرى
في مسايل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا يسقط العدالة لان محمدا شرط
الادمان في كتاب الشهادات واما من ادمن الشرب على غير لهو وهو
يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا ترك
المروة كذا قاله في شرح الاقطع واما ما سوى هذه الاشربة مما يتخذ من الحنطة

والشعير

والشعير والذرة والسكر والفانيذ والتين فهي مباحة وان سكر منها ولا حد على من سكر منها
هو الصحيح من الرواية كذا قال صاحب التحفة قال لان هذه من جملة الاطعمة ولا عبرة بالسكر
فان في بعض البلاد قد يسكر المرد من الخبز ونحوه والبنج يسكر ولبن الرمكة يسكر وروى
الحسن عن ابي حنيفة ان المسكر منه حرام كما في المثلث ولكن اذا سكر منه لا حد فيه بخلاف
المثلث كذا في التحفة يقال ادمن على الشي اذا داوم عليه قوله ولا من يلعب بالطيور
هذه لفظة القدوري في مختصره وانما لم تقبل شهادة اللاعب بالحمام والطيور لان اللعب
بها يورث الغفلة لصاحبه ولا يؤمن على المغفل من الزيادة والنقصان فلا تقبل شهادته
ولانه قد يقع نظره على عورات الاجانب والمحرمات فيتبعها نظرة ثانية وذلك حرام
ولا يجوز شهادة مرتكب الحرام ولانه تارك للمروة باشتغاله بفعل مستخف فلا يؤمن عليه
ان ياتي في شهادته بما لا اصل له قال صاحب الهداية وفي بعض النسخ ولا من يلعب
بالطنبور وهو المغني اي وفي بعض نسخ القدوري قوله قال ولا من يغني للناس اي قال
القدوري في مختصره وذلك لانه تارك للمروة وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يجمع الناس
على ارتكاب كبيرة وقال في الاجناس وسيل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه فقال
مع نفسه فقال لا يقدح ذلك في شهادته واختلفوا في حد الكبيرة فقال في الفتاوى
الصغرى ذكر الشيخ الامام خواهرزاده في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراما
محضا يسمى فاحشة في الشرع كاللواطة او لم يسم في الشرع فاحشة لكن شرع عليها
عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق او الوعيد
بالنار في الاخرة كاكل مال اليتيم ولا يسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد
ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغاير
فهذا اولى وكذا اكل الربوا يشترط فيه الادمان والشهرة الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى
وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة وقيل ما كان حراما لعينه وقال في خلاصة الفتاوي
ما فيه حد بنص الكتاب ثم قال واصحابنا لم ياخذوا بذلك وانما بنوا ذلك على ثلثة
معان احدها ان يرتكب ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى
والثاني ان يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو
من الكباير والثالث ان يصر على المعاصي والفجور الى هنا لفظ الخلاصة والاصل
هنا ان العدل تقبل شهادته وغير العدل لا تقبل شهادته لقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم قال في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب عن الكباير
حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغاير العبرة للغلبة او الدوام على الصغيرة
لتصير كبيرة ونقله عن ادب القاضي لعصام وقال شمس الايمة السرخسي في شرح
ادب القاضي في باب المسيلة عن الشهود عن ابراهيم النخعي انه قال العدل في
المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج وقد حدث البخاري في بيان الكباير
باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اجتنبوا السبع الموبقات
قالوا يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا
بالحق واكل الربا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات
الغافلات ذكره في الصحيح في كتاب الحدود وحدث البخاري ايضا باسناده الى

عبد الرحمن بن ابي بكرة عن ابيه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الا انبئكم باكبر الكبائر
قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس فقال الا
وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت ذكره في كتاب الادب
وذكر البخاري ايضا في كتاب الحدود من الصحيح باسناده الى عبد الله قال قلت يا رسول
الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ثم اي قال ان تقتل ولدك
من اجل ان يطعم معك قلت ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك وذكر صاحب السنن
هذا الحديث باسناده الى عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم في اخر كتاب الطلاق
ولكن قال فيه واول تصديق قول النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله
الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية **قوله** قال ولا من ياتي
بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد اي قال القدوري في مختصره وذلك مثل الزنا
والسرقة وقذف المحصن وقطع الطريق وانما لا تقبل شهادة من ياتي نوعا من انواع الكبيرة
لانه فاسق وشهادة الفاسق غير مقبولة لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ونقل الناصحي
في تهذيب ادب القاضي عن الخصاف فقال ولا تقبل شهادة قطاع الطريق واللصوص
واصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر او من يسكر من
من النبيذ لان هو لا فساق ولم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان كما ترك
وجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط في شهادات
الاصل الادمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفايدته انه اذا شرب
في السر لا يسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو
مقيم على معصية وان لم يدم عليه فهو تايب نادم قال الناصحي ايضا ولا تقبل شهادة
من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر
بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته
قوله قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ومرتكب الحرام فاسق
فلا تقبل شهادته ولان ذلك يدل على ركاكة دينه وقلة مبالاته فلا يومن عليه
من شهادة الزور فلا تقبل شهادته **قوله** او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج
هذا لفظ القدوري في مختصره وهو عطف على قوله من يدخل الحمام بغير ازار وانما لم
تقبل شهادة اكل الربوا لانه فاسق لارتكابه الحرام قال تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
وقال تعالى وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مومنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب
من الله ورسوله وقد روينا عن الصحيح البخاري ان اكل الربوا من السبع الموبقات
ونقل صاحب الاجناس عن شهادات الاصل ولا تقبل شهادة اكل الربوا اذا
كان مشهورا لانه اذا لم يكن مشهورا فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة
معصية لم تتحقق واما الذي يلعب بالشطرنج اذا قامر عليه او شغله عن الصلاة او اكثر
الحلف بالكذب او الباطل فلا تجوز شهادته كذا قال الخصاف في ادب القاضي وذلك
لان القمار وتفويت الصلاة والكذب حرام فتسقط شهادته اما اذا لم يوجد احد
هذه المعاني ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة في وقتها ولم يقامر على ذلك
ولم يحلف بالكذب فانه لا يسقط شهادته وذلك لان العلما اختلفوا في حرمة اللعب

بالشطرنج

بالشطرنج واباحته عند انعدام هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهما
شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب المسيلة عن الشهود ولان الناس
لا يعدونه من الكباير ولا يستخفون صاحبه فلا ترد شهادته ووجه قول الشافعي انه
يشحذ الخواطر وفيه تعلم امر الحروب من انتهاز الفرصة ودفع الكيد عن نفسه وذلك
امر محمود فصار كاللعب بالفرس والقوس ولنا ما روى صاحب السنن باسناده
الى عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب
الرجل فرسه وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله فبموجب هذا الحديث يكون اللهو
بالشطرنج حراما لانه غير الثلاث وروي في كتاب الامالي في معرفة الصحابة في
باب الحاء مسندا الى حبة بن مسلم رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ملعون من لعب بالشطرنج والناظر اليها كالاكل لحم الخنزير وروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما انا من دد ولا الدد مني واما الذي يلعب بالنرد
فترد شهادته على كل حال كذا في الذخيرة وذلك لانه حرام بالاجماع **قوله** ولا من
يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق هذا لفظ القدوري
في مختصره وهنا نسخ المستحقرة والمستخفة والمستخفية وكلها على صيغة اسم
المفعول وروي المستحقة بالخاء المشددة المكسورة وهي اصح النسخ وهي من التسخيف
وهو النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل
وروي المستخفة بكسر الخاء اي الافعال المستخفة بصاحبها قال الناطفي في الاجناس
وكان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يحكي عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي
ان من ياكل في السوق بين ايدي الناس لا تقبل شهادته وكذلك من يمشي في السوق
بسراويل ليس عليه غيره لانه تارك للمروة وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي
حكى عن ابي الحسن ان شيخا يصارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا
سخف وان لم يحكم بفسقه كذلك **قوله** ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف
هذا لفظ القدوري في مختصره والمراد من السلف الصحابة والتابعون وابو
حنيفة منهم وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي قال ابو يوسف
ايما رجل اظهر شتيمة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكون شهادته
مقبولة وذلك لانه لو اظهر شتيمة واحد من المسلمين لا يكون شهادته مقبولة
ويسقط عدالته فاذا اظهر الشتيمة لواحد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كيف يكون مقبولا ونقل صاحب الاجناس في الموضعين في ادب القاضي وفي
الشهادات عن نوادر ابي يوسف رواية بن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من يتبرا منهم وفرق بينهما
بان اظهار الشتيمة مجونة وسفه لا ياتي بذلك الا الاوضاع والاسقاط وشهادة
السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده دينا وان كان على باطل فلم يظهر
فسقه وانما قيد القدوري باظهار سب السلف لانه اذا اعتقد ذلك ولم
يظهره وهو عدل في افعاله فان شهادته تقبل كذا في شرح الاقطع **قوله** وتقبل
شهادة اهل الاهواء الا الخطابية اراد باهل الاهوا اصحاب البدع كالخارجي

والرافضي والجبري والقدري والمشبهة والمعطل وسمي اهل البدع اهل الاهواء لميلانهم الى محبوب
نفوسهم بلا دليل شرعي او عقلي والهوى محبوب النفس من هوي الشي اذا احبه وقد مر
في السكن في باب اقسام السنة وعند الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهوا لان الفسق
من حيث الاعتقاد دسر من الفسق من حيث التعاطي ولنا ان صاحب الهوى لا يتهم
بالكذب اذا امتنع عن ساير محظور دينه وانما وقع فيها وقع للتقدده في الدين وذلك
مانع من الكذب لا سيما اذا اعتقد الكذب كفرا وهو مذهب الخوارج فيكون ذلك ابعد
من التهمة قال في شرح الاقطع قال محمد في الخوارج مالم يخرجوا الى قتال اهل العدل
فشهادتهم جايزة لانهم لم يظهروا من انفسهم الفسق وانما اعتقدوه فاذا قاتلوا فقد
اظهروا الفسق فلم تقبل شهادتهم واما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض قال في
شرح الاقطع هم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى
وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا هو الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر
وكانوا يعتقدون ان من ادعى منهم شيا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته وقال
شمس الايمة السرخسي في اصول الفقه في فصل بيان وجوه الانقطاع في تفسير
الخطابية هم صنف من الروافض يجوزون اداء الشهادة اذا حلف المدعي بين ايديهم
انه محق في دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فنفى هذا الاعتقاد ما يرجح جانب الكذب
في شهادتهم ونقل في الاجناس عن نوادر بن رستم قال محمد شهادة اهل الاهوا جايزة
الا الرافضة فان صنفا منهم يصدق بعضهم بعضا فيشهد هو له فلا تقبل شهادتهم
وفي ادب القاضي اهل الاهوا الرافضة هم الخطابية وقال في المغرب الخطابية وقال
من الرافضة نسبوا الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع وقال ابو حاتم احمد
بن حمدان الرازي الخطابية نسبوا الى ابي الخطاب واسمه محمد بن ابي زينب الاسدي
الاجدع وكان يقول بامامة اسمعيل بن جعفر فلما مات اسماعيل رجعوا الى القول
بامامة جعفر وغلوا في القول غلوا كبيرا وخرج ابو الخطاب في حياة جعفر بالكوفة
فحارب عيسى بن موسى ابن علي بن عبد الله بن العباس واظهر الدعوة الى جعفر
فتبرا منه جعفر ولعنه ودعا عليه وقتل هو واصحابه كلهم ويقال انه لم يفلت منهم
الا رجل واحد اسمه سالم بن مكرم الجمال ويكنى بابي سلمة ويلقب بابي خديجة
وكان ابو الخطاب يقول بالهية جعفر تعالى الله عما يقول الظالمون علوا كبيرا
وثبت قوم من اهل مقالته بعده على القول بذلك وقالوا في الايمة كلهم بالغلو
الشديد وخرجت فرقة منهم الى القول بامامة محمد بن اسماعيل بعد ابيه اسمعيل
وزعموا ان ابا الخطاب امرهم بذلك ورد لهم عليه وقالوا فيه مثل ما قالوا في ساير
الايمة من القول الكبير والكفر العظيم ثم تفرقوا بعد ذلك فرقا كثيرة يذكرها القايم بعد
ذلك عند ذكر الغلاة الى هنا لفظ ابي حاتم الرازي قوله وتقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا
مذهبنا وهو قول شريح والشعبي وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب ويحيى
بن سعيد قال الطحاوي عن ابي عمران قال سمعت يحيى بن اكثم يقول
ما وجدت عن احد من المتقدمين ان شهادة النصارى بعضهم على بعض

لا يجوز

لا يجوز الا ربيعة وقال مالك والشافعي لا يجوز لهما ان الكافر فاسق لقوله فيهم في سورة
النور ومن كفر بعد ذلك فاولئك هم الفاسقون ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى
ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ولان الشهادة من باب الولاية والكرامة والكافر من
اهل الاهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد والحربي ولنا ما حدث الطحاوي في شرحه
الاثار باسناده الى عامر الشعبي عن جابر بن عبد الله ان اليهود جاوا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ائتوني باربعة منكم يشهدون فعلم بذلك ان النبي صلى الله عليه
وسلم جوز شهادتهم عليهم ولان الكافر له ولاية على نفسه وعلى الصغار من اولاده
فيكون له ولاية على جنسه فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم لما كان له ولاية على
نفسه واولاده الصغار كان له ولاية على جنسه من المسلمين بخلاف المرتد فانه
لا ولاية له اصلا لانه لا دين له يقر عليه وبخلاف شهادة الحربي على الذمي لان
الذمي اعلا حالا منه ولان الخبر الذمي اثر في غلبة الظن لصدوره عن عقل ودين
صار فين عن قبح الكذب فيجب العمل بغلبة الظن فيقبل شهادته كالمسلم
بخلاف شهادة الذمي على المسلم حيث لا تقبل للتهمة لانه يعاد المسلم وربما يريد
اضراره بالكذب عليه ولانه لا ولاية له على المسلم بالنص فان قيل من لا تقبل
شهادته على المسلم لا تقبل شهادته على الكافر كالفاسق قلنا الكافر لا تقبل شهادته على المسلم
للتهمة لانهم يستحلون دماءنا واموالنا وهذه التهمة معدومة في شهادة بعضهم على بعض
بخلاف الفاسق فانه مردود الشهادة لفسقه وهو موجود في شهادته على الكافر كما هو موجود
في شهادته على المسلم فبطل القياس لان علة الرد وجدت في شهادة الفاسق دون شهادة
الكافر على الكافر فان قلت على هذا ينبغي ان لا يقبل شهادة اليهودي على النصراني وبالعكس
لان كلا منهما يستحل دم الاخر قلت لما كانوا جميعا اهل الذمة وكانوا تحت اذلالنا واهانتنا
وظهرت بيننا وبينهم عداوة اقتضى ذلك اجتماعهم فانتفت التهمة قوله لانه لا ولاية له
اي كان الشان لا ولاية للذمي بالاضافة اليه اي بالنسبة الى المسلم وانما قيد بالاضافة الى
المسلم لان للذمي ولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار قوله يتقول عليه اي يفتري
الذمي على المسلم قوله يغيظه قهره اياه اي قهر المسلم الذمي يقال غاظه اي اغضبه
قوله ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
اختلاف الدارين قاطع للولاية والعصمة والشهادة ولاية فلم تقبل شهادته ولان الحربي
عدو مطلق من اهل دارهم والذمي من اهل دارنا وقال قبل خلف الاسلام وهو الجزية
حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه فكان اعلى حالا من الحربي فلم يجز ان يجعل له
ولاية على الذمي وتقبل شهادة الذمي على المستامن لان الذمي اعلا حالا منه فجاز
ان يجعل له ولاية عليه كشهادة المسلم على المستامن وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لانقطاع الولاية والعصمة ولهذا
لا يجري التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف اهل الذمة حيث يقبل شهادة
بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذلك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا
من اهل دارنا فكانت دارهم متحدة حكما قال الناطفي في تهذيب ادب
القاضي فان اسلم المشهود عليه قبل ان يقضى بطلت الشهادة لانا لو قضينا

لقضينا الان ولا يجوز ان يقضي بشهادة كافر على مسلم واذا اعترض ما يمنع القضا بالشهادة قبل
القضا لم يقض به كما لو رجع الشهود قبل القضا بالشهادة فانه لا يقضي كذا هذا وان قضى عليه
بشهادة الكافر ثم اسلم فالقصاص ويوخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضا نظيره ان
ما يبطل الشهادة لم يبطل القضا كما لو رجع الشهود بعد القضا الا في الحدود والقصاص
في النفس وفيما دون النفس فاني ادرا ذلك عنه لان الامضا من القضا في باب
الحدود فاذا اعترض مانع قبل الاستيفا لم يستوف الحد والقصاص **قوله** قال وان كانت
الحسنات اغلب من السيات والرجل يجتنب الكباير قبلت شهادته وان الم بمعصية
اي قال القدوري في مختصره قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي في
باب المسلة عن الشهود واذا سلم الرجل من الفواحش التي يجب فيها الحدود
وما يشبه ذلك من العظايم نظرنا في معاصيه وفي طاعته فان كان نودي الفرايض
واخلاق البر فيه ردت شهادته لانه لا يرتكب الكباير والخير عليه غالب وصغير الذنب
مع ظاهر الصلاح لا يوجب رد الشهادة ثم قال بعد ورقتين قال ابو يوسف
اذا كان اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا كان الذي يكون منه من القبيح ليس
من الكباير لان احدا لا يخلو عن زلة فاذا كان غالب امره الصلاح قبلت بينته وان
كان صاحب كبيرة فاستغفر الله منها وتاب وظهرت توبته واصلح فهو عدل وقال
شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي قد نقل اقوال كثيرة عن السلف في
اشتراط العدالة في الشهود والحاصل ما روي عن القاضي ابي حازم انه ساله عبيد الله
بن سليمان وزير المعتضد بالله عن العدل في الشهادة فقال احسن ما نقل في
هذا الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصاري القاضي رحمه الله
انه سيل عن العدل في الشهادة فقال ان يكون مجتنبا للكباير ولا يكون مصرا على
الصغاير ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطابه وان يستعمل الصدق
ديانة ومروة ويجتنب عن الكذب ديانة ومروة فاستحسنوا ذلك واثبتوه في
ديوان الحضرة الى هنا لفظ شمس الايمة وهذا الذي ذكره صحيح لان احدا لا يمكنه الاجتناب
عن جميع الذنوب الكباير والصغاير الا الانبيا صلوات الله عليهم فلو اشترط الاجتناب
عن جميع ذلك في العدالة انسد باب الشهادة وهو مندوب اليه بقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهدا فلما كان كذلك اعتبر الغالب فمن غلبت
حسناته سياته قبلت شهادته اذا كان يجتنب الكباير وان كان على العكس فلا قال
في ادب القاضي واذا ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافا ومجانة لم تقبل شهادته
قال ابو بكر الرازي لم يرد بالاستخفاف الاستهزا لان الاستهزا بشي من الشرايع كفر
وانما اراد به التواني والتكاسل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من رغب
عن سنتي فليس مني وان تركها على تاويل وكان عدلا فيما سوى ذلك قبلت شهادته
لانه ليس بذنب فلا يوجب رد الشهادة وقال في الفتاوى الصغرى في مسايل
الجرح والتعديل بتفويت الجماعة كما يفعله العوام وكذا ترك الجمعة من غير عذر يسقط
العدالة ذكره الخصاف في موضعين ذكر في احدهما الترك ثلثا وهو الذي اختاره
شمس الايمة السرخسي ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك قال من ترك الجمعة رغبة عنها

على غير تاويل

على غير تاويل فشهادته غير جايزة وهو الذي اختاره شمس الايمة الحلواني فانه قال المرة الواحدة يكفي
لسقوط العدالة كذا في باب شهادة الظنين فاما اذا تركها لمرض او لبعد المصر او بتاول
بان كان الامام يفسق لا تسقط عدالته الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** الم بمعصية
يقال الم اي اتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الديوان ومنه ما ذكر
القتيبي في غريب الحديث في حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال
حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب ابن مسلم عن بن ابي طرفة الهذلي انه قال مر
ابو خراش يسعى بين الصفا والمروة وهو يقول لاهم هذا خامس ان تما اتمه الله
وقد اتما ان تغفر اللهم فاغفر جما واي عبد لك ما الما وكذلك نسبه البيت في
تهذيب الديوان الى ابي خراش ولكن قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري
في كتاب الصوم انه قول امية **قوله** قال وتقبل شهادة الاقلف اي قال القدوري
في مختصره قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي ولا نص على اصحابنا
في الاقلف ثم قال وذكر صاحب الكتاب يعني الخصاف انه يجوز شهادته ويجوز
صلاته وامامته ويوكل ذبيحته الا اذا ترك ذلك على وجه الرغبة عن السنة
وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي ويجوز شهادة الاقلف اذا كان عدلا لان النبي
صلى الله عليه وسلم قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة فتفوته لا يمنع قبول الشهادة
ولان الكبير قد يخاف التلف على نفسه من الختان فيعذر في تركه قال ابو بكر الرازي
فان كان لا يخاف فتركه تهاونا بالسنة فانه يصير فاسقا ولا يقبل شهادته ويوكل ذبيحته
اذا لم يتركه رغبة عن السنة الى هنا لفظ كتاب الناصحي وروي عن بن عباس انه لا
تقبل شهادة الاقلف ولا تقبل صلاته ولا يوكل ذبيحته قال الشيخ ابو نصر البغدادي
وانما اراد به المجوس والاقلف الذي لم يختتن **قوله** قال والخصي قال الخصاف
وتقبل شهادة الخصي اذا كان عدلا كما تقبل شهادة رجل واحد على الزنا والقصاص
وغير ذلك روي ان عمر رضي الله عنه اجاز شهادة علقمة الخصي على قدامة بن
مظعون باسناده الى الزهري عن عبد الله ابن عامر بن ربيعة عن عمر ولان قبول
الشهادة يعتمد العدالة والخصا لا يقدح في العدالة لانه ليس الا قطع العضو منه وقطع
ساير الاعضا لا يوجب سقوط العدالة فكذا هذا **قوله** قال وولد الزنا اي قال
القدوري في مختصره قال الخصاف في ادب القاضي شهادة ولد الزنا على الحد
وغيره جايز اذا كان عدلا وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وولد الزنا
عدل فيقبل شهادته ولان فسق ابويه ليس باكثر من كفرهما وكفرهما لا يمنع قبول
شهادته اذا كان عدلا وفسقهما اولى على انا نقول قال تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى وهو لا يعتبر زانيا بزنا ابويه ولا يواخذ بفعلهما فلا يكون فعلهما مانعا لشهادته
ورايت في كتاب التفريع لاصحاب مالك قال ولا باس بشهادة ولد الزنا الا في الزنا
وما اشبهه من الحدود فانها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفريع ووجه ذلك انه يريد
ان يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لان كلامنا فيما اذا كان ولد الزنا عدلا والعدل
لا يرضى بذلك **قوله** قال وشهادة الخنثى جايزة اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان شهادة الخنثى وهو الذي له آلة الرجل وآلة المرأة جايزة اذا كان حرا عدلا

لانه لا يخلو في الواقع اما ان يكون رجلا او امراة ويجوز شهادة الصنفين جميعا لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ولكن ينبغي ان
يكون معه رجل وامراة لان مبنى امره على الاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في
الحدود والقصاص كالنساء لانه يحتمل ان يكون امراة وفي شهادتهن شبهة البدلية والحدود
تندرا بالشبهات **قوله** قال وشهادة العمال جايزة وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يجيز شهادة العمال قال فخر الاسلام
معناه العمال الذين كانوا اعوان السلطان في ذلك العصر لان الصلاح كان غالبا عليهم
فاما هولاء الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لان الظلم غالب فيهم وهذا معنى قول صاحب
الهداية والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ وقال بعضهم اراد به اذا كان العامل
وجيها ذا مروة غير مجازف في كلامه تقبل شهادته والا فلا وهذا كما مر عن ابي يوسف
في اوايل كتاب الشهادات ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان كان العامل مثل عمر ابن عبد العزيز
او نحوه يجوز شهادته وان كان مثل يزيد بن معاوية او نحوه لا تقبل شهادته وانما جازت
شهادة العمال لان العامل اذا كان صالحا يكون اعظم اجرا لانه روي في خبر ابي هريرة
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم
لا ظل الا ظله وعد السبعة وذكر فيهم الامام العادل وذكر في الواقعات في باب
الشهادات بعلامة السين عمال السلطان الذين ياخذون العشر والصدقات
وغيرها جازت شهادتهم اذا كانوا امناء لانهم انما حملوا على ذلك لاماتنهم فالظاهر
انهم يحترزون عن الكذب **قوله** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي
يدعي فهو جايز استحسانا وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا لرجل ان اباهما اوصى اليه
قال جايز ان ادعى ذلك وان انكر لم تجز شهادتهما وان شهدا ان اباهما وكله بقبض
ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير هذا
جواب الاستحسان والقياس ان لا تقبل في الايصاء ايضا ذكر القياس والاستحسان
في كتاب الوكالة وهذه المسلة على وجوه خمسة احدها ان يدعي رجل انه وصي
فلان الميت ويشهد بذلك وارثان والثاني ان يشهد الغريمان للميت عليهما دين
والثالث ان يشهد الغريمان لهما على الميت دين والرابع ان يشهد الموصى لهما
والخامس ان يشهد الموصي اليهما فالجواب في جميع الفصول ان الشهادة جايزة ه
استحسانا وغير جايزة قياسا وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل
شهادة هولاء الا الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت
معروفا فوجه القياس ان لهما في هذه الشهادة منفعة وكل شهادة جرت نفعا او دفعت
غرما لا تقبل قياسا على الوكالة كما لو شهد الغريمان في حال الحياة انه وكل هذا الرجل بقبض
الدين او باقتضايه لا تقبل الشهادة فكذا هنا ووجه الاستحسان ان القاضي يملك نصب
الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم يكن وانما
سقط عنه مونة تعيين الوصي كالقرعة ليست بموجبة ومع هذا يجوز استعمالها في

تعيين

تعيين الانصباء دفعا للتهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا حجة موجبة فكذلك هذه
الشهادة تدفع عن القاضي مونة التعيين بخلاف الشهادة على ان اباهما وكله بقبض
دينه حيث لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبتت
الوكالة تثبت بهذه الشهادة وقد تمكنت فيها التهمة فلا تقبل ولان القاضي لو رد
هذه الشهادة يحتاج الى ان ينصب للميت وصيا لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين فلا
يجوز ان يعطل امور الميت فاذا كان يحتاج الى نصب وصي اخر عند رد هذه الشهادة
لم يكن في الرد فايدة وبخلاف ما اذا لم يكن الموت معروفا او الوصي لا يدعي ذلك لا
تقبل الشهادة لان القاضي حينيذ لا يملك نصبه وصيا بغير رضاه او برضاه والموت
ليس بمعروف فيكون ثبوت الوصاية مضافا الى شهادتهم فلا تقبل بسبب التهمة
بخلاف الغريمين عليهما للميت دين فان شهادتهما تقبل على الموت والوصية اذا
ادعى الوصي ذلك لان هذا اعتراف على انفسهما بحق يقبض الدين فانتفت التهمة
فان قلت ذكرت قبل هذا ان القاضي لو رد هذه الشهادة يحتاج الى نصب وصي
فلا فايدة في رد الشهادة وهذا مستقيم في الفصول كلها ولكن فيما اذا شهد الموصى اليهما
اشكال بان يقال كيف يحتاج الى نصب وصي للميت وصيان قلت انهما لما شهدا
ان الميت اوصى الى هذا الرجل الثالث فقد اقرا ان لا حق لهما في التصرف ما لم يكن
معهما ثالث فلو رد شهادتهما احتاج الى ان ينصب وصيا اخر حتى يتصرف
معهما فلا يكون لرد الشهادة فايدة كذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله وبهذا عرفت
ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب سوال
مقدر فاعرفه والباقي يعرف في شروح الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث
يقال اوصى اليه اي جعله وصيا واوصى له بكذا اي جعله موصى له **قوله** ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اراد بذلك الجرح
المجرد وهو الذي لا يدخل تحت حكم القاضي كما اذا قال المدعى عليه ان شهود المدعي
فسقة او قال استاجر الشهود وانما لا تقبل الشهادة على جرح مجرد خلافا للشافعي
لان القاضي مامور بالستر على المسلمين وفي سماع البينة هتك الحرمة واشاعة الفاحشة
وذلك حرام لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب
اليم في الدنيا والاخرة والله يعلم وانتم لا تعلمون الا اذا تضمن حقا للشرع او للعبد لحينيذ
تقبل ولان المقصود من سماع البينة الحكم بها والفسق لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
من الحكم التوثق وليس للقاضي التوثق في اثبات الفسق ولانه لا فايدة في الحكم لان المحكوم
عليه يمكنه ابطاله بالتوبة **قوله** ولو شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل وفي بعض النسخ
الا اذا شهدوا وهو استثناء من قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح يعني اذا شهد شهود
المدعى عليه ان المدعي اقر ان شهوده فسقة تقبل الشهادة على الجرح لان معناه اثبات اقرار
المدعي بانه لا حق له على المدعى عليه والمرء مواخذ بزعمه **قوله** قال ولو اقام رجل اعني
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اقام البينة ان هذا استاجر الشهود قال
لا اقبل البينة على استيجار الشهود وهذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه

ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى تقبل لانه اثبت انهم فسقة وشهادة
الفسقة لا تقبل ثم قال الفقيه وهذا القول احسن وذكر فخر الاسلام وغيره في شروح
الجامع الصغير ذكر الخصاف في الجرح المجرد انه مقبول وقال الناصحي في تهذيب
ادب القاضي في وجه قول الخصاف ان هذه المعاني تسقط العدالة فتقبل البينة
عليها كالرق وظاهر الرواية عن اصحابنا انه لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد وهو المذكور
في الجامع الصغير في كتاب التزكية وغير ذلك ولهذا قال الناصحي في تهذيب ادب
القاضي حكى ابن كاس عن اصحابنا وهو المشهور من مذهبنا انهم اذا شهدوا بمال على
رجل وبالزنى فادعى المشهود عليه انهم جميعا اكلة الربوا او شراب خمر او مستاجرون
على هذه الشهادة وجاء على ذلك ببينة فاني لا اقبل ذلك منه وكذلك لو اقام البينة
انه رجع عن الشهادة او شهد على اقرار الشاهد بانه لا شهادة عنده او هو مستاجر على
هذه الشهادة فانه لا تقبل وانما تقبل اذا اقام المشهود عليه البينة ان الشاهد عبد او
محدود في قذف او كانت الشهادة بمال فتقيم البينة انه شريكه فانها تقبل ووجه
الظاهر ان البينة انما جعلت حجة لاثبات ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزام
ذلك والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم لان الجرح حرام لما مر الا ان يتضمن حقا للشرع
لا يمينه او حق العبد ولم يوجد ذلك فلا يسمع وليس في وسع القاضي الزام ذلك
لقدرة المدعى عليه على دفع ذلك بالتوبة وان اتصل به حكم صحيح وكان مقصود المدعي من
اقامة البينة ابطال شهادة شهود المدعي ونفيها والبينات شرعت للاثبات لا للنفي
فلا تقبل ولان هذه الشهادة وقعت على شيء لا يمكن اثباته لانهم شهدوا انهم فسقة
او اكلة الربوا ونحو ذلك فلا يمكن اثبات ذلك لان الانسان قد تتغير احواله فيصير
عدلا بعد ان كان فاسقا اما اذا تعلق بالجرح حكم بان قال هم زناة او قال صالحت الشهود
بكذا من المال وسلمت اليهم حتى لا يشهدوا علي باطلا وقد شهدوا فاقام على ذلك بينة
قبلت لانه ادعى حق النفس بخلاف ما اذا قال لم ادفع اليهم مال الصلح حيث لا تقبل
بينته واما الرجوع عن الشهادة فلان الرجوع لا يصح الا عند القاضي وذلك لان
الشهادة لا تسمع الا عند القاضي فكذلك الرجوع عنها وقول الشاهد لا شهادة عندي
لشك او ظن فلا تقبل الشهادة عليه واما في الرق وحد القذف والشركة في المال
فالمشهود عليه يثبت ببينته ان لا شهادة له فيقبل عليه البينة ولان هذه
المعاني محكوم بها الرق والشركة في المال محكوم به وشهادة القاذف مردود مع
التوبة وليس فيه هتك ستر بحكم به واذا كانت محكوما بها جاز قبول الشهادة عليها
وقال فخر الاسلام وغيره في بيان قول الخصاف معناه اذا كان الذي يشهد بذلك
يصلح مزكيا فيجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر او يحمل على انهم شهدوا باقرار المدعي
بذلك وذلك مقبول قوله والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته
هذا جواب سوال بان يقال لا نسلم ان الشهادة على الاستيجار جرح مجرد بل فيه
امر زايد وهو اثبات حق المدعي فينبغي ان يثبت الجرح في ضمنه فاجاب
عنه وقال وان كان هو امرا زايدا على نفس الجرح لكن المدعى عليه اجنبي
ليس بنايب عن المدعي في اثبات حقه فلم يلتفت الى ذلك لعدم الخصم

في الاثبات

في الاثبات فيبقى جرحا مجردا حتى لو قال استاجرهم من مالي الذي في يده قبلت بينته
لقيامه خصما ونقل في الاجناس عن الكيسانيات لو شهد شهود المدعى عليه على شهود
المدعي بسرقة او شرب خمر او زنا لم يتقادم تقبل شهادتهم ويجب الحد عليهم وبطلت
شهادتهم اذا اوجب عليهم الحد وقال في حدود الاصل اذا ادعى المشهود عليه ان شاهد
المدعي اكل الربوا او شارب خمر او انه استوجر على هذه الشهادة فاقام البينة عليه
فانه لا يقبل بينته ثم قال صاحب الاجناس ليس هذا باختلاف الروايتين وانما هو على
اختلاف موضوعهما ما ذكره في الحدود يقصد به جرح صاحب المدعي على شرب خمر
او زنا او سرقة قد تقادمت وما ذكره في الكيسانيات يقصد به اثبات الحد وان جرح
صاحب المدعي الشاهد الا ترى انه قال اذا وجب الحد بطلت شهادتهم ولم يكن
المشهود به متقادما **قوله** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشهد فلا يبرح حتى يقول اوهمت بعض
شهادتي قال ان كان عدلا اجاز شهادته وان سال فقيل عدل اجاز شهادته قال
فخر الاسلام معنى قوله اوهمت اخطات بنسيان ما كان يحق ذكره ويحتمل اوهمت
بزيادة ما كان باطلا وقال فخر الدين قاضي خان صورته اذا شهد بعشرة ثم قال اوهمت
في درهمين اعلم ان كلام الشاهد يقبل في قوله اوهمت اذا كان عدلا اذا لم يبرح مجلس القاضي
لان مهابة مجلس القاضي توقع عليه الغلط بالزيادة او النقصان فاذا تدارك الغلط قبل
البراح وهو عدل قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقا باصل شهادته بخلاف ما اذا لم يظهر
عدالته او كان عدلا لكنه برح مكانه حيث لا تقبل شهادته لانه يوهم التلبيس بزيادة
من المدعي او بنقصان من المدعى عليه قالوا هذا اذا كان الموضع موضع الشبهة يعني شبهة
التلبيس اما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اذا كان عدلا سواء اتحد المجلس او اختلف
كما اذا اسقط لفظ الشهادة او مثلها نحو ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او يترك الاشارة
الى المدعي او الى المدعى عليه **قوله** وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود وذلك بان
يذكر الجانب الشرقي مكان الغربي او على العكس **قوله** او في بعض النسب مثل ان
يذكر محمد بن احمد بن علي بن احمد يعني تقبل شهادته اذا تدارك الغلط في المجلس والا فلا
قوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف يقبل قوله في غير المجلس اي يقبل قول العدل
اوهمت في غير المجلس في جميع المسايل سواء كان الموضع موضع شبهة او لا **قوله** والظاهر
ما ذكرناه يعني ان ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو ان شهادته تجوز اذا قال اوهمت اذا
لم يبرح مكانه بعد ان كان عدلا فان برح فلا يقال اوهم في الحساب مايه اي اسقط ويقال
برح المكان براحا قال الله تعالى فلن ابرح الارض ولا ابرح اي لا ازال

باب الاختلاف في الشهادة

لما ذكر مسايل الاتفاق وهو الاصل شرع في مسايل الاختلاف
قوله قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان حقوق العبد يقف على مطالبته او من يقوم مقامه والبينة
حق من حقوقه فاذا وافقت البينة الدعوى قبلت لان الدعوى وجدت واذا لم
توافقها لم تقبل لانها بلا مدع ثم المعتبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى هو الاتفاق

في المعنى لا من حيث اللفظ الا ترى ان المدعي يقول ادعي كذا والشاهد يقول اشهد
بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فاعرف ان كل موضع يمكن
التوفيق بين الدعوى والشهادة لم تبطل واذا لم يمكن بطلت قال في الفصل
الخامس عشر في الفصول وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات
الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة
لان شهادتي الشاهدين ينبغي ان يكون كل واحدة منهما مطابقة للاخرى في اللفظ
الذي لا يوجب اختلاف المعنى اما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي ان
يكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ حتى لو ادعى الغصب وشهد احدهما على الغصب
والاخر على الاقرار بالغصب لا يقبل ولو شهدا على الاقرار بالغصب تقبل قوله قال
ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والاخر
بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
اي قال القدوري في مختصره وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي قال واذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وهو ينكر فاقام شاهدين فشهد احدهما
على الف والاخر على الفين لم تقبل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما تقبل على الالف
ولو كان المدعي يدعي اقل المالين وهو الف درهم والمسئلة بحالها لم تقبل بالاجماع
الا اذا قال كان لي عليه الف وخمسماية الا انه قضى خمسماية او ابراته من خمسماية
والشاهد لا يعلم بذلك فقضى له عليه بالف ولو كان يدعي عشرين فشهد احدهما على
عشرة والاخر على عشرين فهو على هذا الاختلاف هذا كله اذا كان دعوى المال
فاما اذا كان دعوى عقد لم تقبل بالاجماع في الفصول كلها بيانه انه ادعى انه باع عبدا
من فلان بالفي درهم والمشتري ينكر فشهد شاهد على الف والاخر على الفين
او احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية لم تقبل بالاجماع وكذلك لو كان المدعي
هو المشتري والبايع ينكر وان كان هذا في الاجارة فان كان المدعي هو المواجر في المدة فهذا
دعوى عقد فلا تقبل وان كان بعد انقضاء المدة فهذا دعوى المال وهو كفصل الدين وان
كان المدعي هو المستاجر قبل انقضاء المدة او بعد انقضايها فهذا دعوى العقد بالاجماع ولو
كان هذا الدعوى في النكاح فان كانت المراة هي المدعية للنكاح فهذا دعوى المال عند
ابي حنيفة حتى انها لو ادعت النكاح بالف وخمسماية فشهد احدهما الف والاخر على
الف وخمسماية فان النكاح جايز بالف وعندهما لا تقبل الشهادة كدعوى العقد ولو كان
المدعي هو الزوج والمراة منكرة فهذا دعوى العقد بالاجماع فاما اذا وقعت الدعوى في
الطلاق او في الخلع على مال والعتق على مال والصلح عن دم العمد على مال فان كان المدعي
هو الزوج او المولى او ولي القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعي هي المراة او
القاتل او العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع واما في دعوى الكتابة ان كان المدعي هو
المكاتب فهذا دعوى عقد وان كان المدعي هو المولى فلا تقبل لان المكاتب له ان يعجز نفسه
متى اراد واما في الرهن فان كان المدعي هو الراهن فهذا لا يتصور لان حفظ الرهن للمرتهن
وان كان المدعي هو المرتهن فهذا دعوى الدين الى هنا لفظ شرح الطحاوي قال صاحب
الهداية وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث يعني اذا

شهد

شهد احد الشاهدين بماية والاخر بمايتين او شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين او شهد احدهما
بطلقة والاخر بثلاث لا تقبل عند ابي حنيفة وتقبل على الاقل عندهما وذكر في شرح الاقطع قول
الشافعي كقولهما وجه قولهما انهما اتفقا على الاقل واختلفا في الزيادة فيثبت ما اتفقا
دون ما اختلفا كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية او شهد احدهما بتطليقة
والاخر بتطليقة ونصف ووجه قول ابي حنيفة انهما اختلفا لفظا ومعنى اما اللفظ
فظاهر لان احدهما شهد بالف والاخر بالفين وكذا المعنى لان احدهما فرد والاخر مجتمع لان
الالفين عبارة عن الف اجتمع مع الف اخر فكان على كل واحد منهما شاهد واحد فلا
تقبل فصار كما اذا شهد احدهما بالف درهم والاخر بماية دينار او شهد احدهما بكر حنطة
والاخر بكر شعير وهذا معنى قوله كما اذا اختلف جنس المال بخلاف ما اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي اكثر المالين حيث تقبل على الالف
لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى لان عطف الخمسماية على الالف يقرر الالف وعلى
هذا اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر
بخمسة عشر لان العطف لا يوجد فحصل الاختلاف بين الشاهدين كما في الالف والالفين
قوله بل هما جملتان متباينتان سمى الالف والالفين جملتين ولم يرد بالجملة ما هو مصطلح
النحاة وهي الكلام بل اراد بها الجملة اللغوية وهي عبارة عن شيء مجموع من اجزاء يقال
اجملت الشيء اجمالا اذا جمعت عن تفرقه ويقال جملة من الدراهم وجملة من الغنم
وما شابه ذلك والالف بهذه المثابة ايضا لانها مجموعة عن اجزاء هي وحدان والمراد
من قوله جملتان متباينتان ان كل واحد من الالف والالفين يفهم منه ما لا يفهم بالاخر
غاية ما في الباب ان الالفين لهما دلالة على الالف لكن بسبيل التضمن والمدلول عليه
ضمنا انما يثبت اذا ثبت المتضمن ولم يثبت المتضمن هنا وهو الالفان لعدم موافقة
الشاهد الاخر فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الالف قوله قال فان شهد احدهما بالف
والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الفا وخمسماية قبلت الشهادة على الالف اي قال
القدوري في مختصره وذلك لانهما اتفقا على الشهادة على الالف لفظا ومعنى وانفرد احدهما
بذكر خمسماية وذلك ليس بقادح في الشهادة بالالف كما اذا شهد احدهما بماية درهم والاخر
بماية درهم وماية دينار وهو يدعيهما ولو قال المدعي لم يكن حقي الا الالف فشهادة الذي
زاد على الالف باطلة لتكذيب المدعي لان تكذيبه تفسيق وكذا اذا ادعى الالف ولم
يقل لم يكن حقي الا الالف بل سكت عما زاد عليه فشهد احدهما بالف وخمسماية كانت
شهادته باطلة لان التكذيب هو الظاهر لان السكوت في موضع البيان بيان فكان
سكوته عما زاد على الالف نفيا له وهو تكذيب للشاهد فان وفق المدعي وقال
كان اصل حقي الفا وخمسماية الا اني استوفيت الخمسماية او ابراته عنها والشاهد
لم يعلم بذلك قبلت الشهادة على الالف اعني فيما اذا ادعى الالف وشهد احد الشاهدين
بالالف والاخر بالف وخمسماية لانه يمكن ان يكون الامر كما قال والشهادة يجب حملها
على الصحة ما امكن قوله واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية قبلت شهادتهما
بالالف وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد
معه الاخر قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية

لان مضمون قول من شهد بالقضاء ان لا دين سوى خمسماية فلا يجوز ان يثبت اكثر
من ذلك وجه المشهور انهما اتفقا على الالف وثبت ذلك وتفرد احدهما بالقضاء
فلم يثبت ذلك فصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية **قوله** وجوابه
ما تخللنا اشارة الى قوله لانه شهادة فرد **قوله** قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك
ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض الخمسماية اي قال القدوري في مختصره
وذلك لئلا يكون الشاهد معينا للمدعي على الظلم بيانه انه اذا شهد فلا يخلوا ما
ان يشهد بالالف او بالخمسماية فان شهد بالالف وقضا الخمسماية يثبت الالف لاتفاق
الشاهدين عليه ولا يثبت القضا لتفرد احد الشاهدين بذلك فيكون في هذه الشهادة
اعانة على الظلم لا محالة لان المدعي ادعى تمام الالف بغير حق وان شهد بالخمسماية
لا تقبل شهادته اصلا لاختلاف الشاهدين حينئذ في لفظ الشهادة فيضيع حق المدعي
فاذا كان كذلك ينبغي ان لا يشهد الذي عرف قضا خمسماية حتى يقر المدعي بقبض ذلك
حتى لا يكون اعانة على الظلم او ضياع حق المدعي **قوله** وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جايزة على القرض
قال الطحاوي في مختصره ومن شهد له شاهدان على رجل بقرض الف درهم وشهد
له احدهما انه قد قضاه اياه قبل شهادتهما على القرض وقضى له بالمال على المدعى عليه
وقد روي عن ابي يوسف انه قال لا يقبل شهادة الشاهد الذي شهد على القضا لانه
يشهد ان لا شي للمدعي على المدعى عليه مما يشهد به الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله
وذكروا قول زفر مثل قول ابي يوسف وجه قول زفر انه اكذب شاهد القضاء
فصار كما لو اقر بفسقه وجه الظاهر وهو انهما اتفقا على الالف وتفرد احدهما
بالقضاء فيثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا عليه وجواب زفر ان شهادته بالقضاء
غير شهادته بالالف وتكذيبه في احدى الشهادتين لا يؤثر في الاخرى كما لو شهد له بالف
وشهد عليه بدين فاكذبه فيما شهد به عليه فانه لا يمنع قبول شهادته له ولا يلزم من
الاكذاب التفسيق لجواز ان يكون غلط الشاهد او نسي قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير اذا علم احد الشاهدين بالقضا لا ينبغي له ان يشهد على القرض لانه اذا علم
ان المستقرض قد قضاه فقد اقر ان المدعي ادعى بغير حق فلا ينبغي له ان يشهد على
دعواه وهو يعلم انه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الاثم والعدوان **قوله** واذا شهد
شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا
عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كذب احديهما
بيقين وليست احديهما اولى من الاخرى فلم تقبل الشهادتان قال القدوري في
مختصره فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل وذلك لان
الاولى لم تتيقن بكذبهما حين اتصل الحكم بها وكل بينة لم تقطع بكذبها جاز قبولها
فلما قبلها الحاكم وقضى بها ثم حضرت الاخرى لا يلتفت اليها لان الحكم بها بنا في
الحكم بالاولى والاولى قد صحت ظاهرا حيث اتصل الحكم بها ولم يتيقن الكذب
فبقيت كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فوقع تحريه على احدهما
فصلى فيه ثم وقع تحريه على الاخر لا يجوز الصلاة فيه لان الاول اتصل به حكم

فلا ينقض

فلا ينقض بتحري اخر ونقل في الفصول عن شهادات فتاوى القاضي الامام ظهير الدين
الشهادة على عقد تمامه بالفعل كالرهن والهبة والصدقة لا يبطلها الاختلاف في الزمان
والمكان الا عند محمد وفي البيع والاجارة والصلح والخلع لا يبطلها الاختلاف في الزمان والمكان
وكذلك لو شهد احدهما على الفعل والاخر على الاقرار به لا يضر وكذلك القرض وان كان تمامه
بالقبض قال فلو شهد احدهما على اقراره اليوم بالف وشهد الاخر على اقراره امس بالف
جازت شهادتهما ثم قال في الفصول وذكر في شهادات الفتاوى الصغرى اذا اختلف
الشاهدان في الزمان او المكان او في الانشا او في الاقرار بان شهد احدهما على الانشا والاخر
على الاقرار فان كان هذا الاختلاف في الفعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعلي كالجناية
والغصب او في قول ملحق بالفعل كالنكاح لتضمنه فعلا وهو احضار الشهود يمنع قبول
الشهادة وان كان الاختلاف في قول محض كالبيع والطلاق والعتاق او في فعل ملحق بالقول
وهو القرض لا يمنع القبول وان كان لا يتم القرض الا بفعل وهو التسليم لان ذلك محمول
على قول المقرض اقرضتك فصار كالطلاق والعتاق والبيع واذا شهدا بالرهن واختلفا
في الزمان او المكان وهما يشهدان على معاينة القبض فالشهادة جايزة وكذا الشرا والصدقة
والهبة لان القبض قد يكون غير مرة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق
بالقبض جازت الشهادة ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البايع بالبيع واختلفا في الزمان
والمكان تقبل شهادتهما وذكر في باب شهادة الزور من المبسوط لو ادعى الشرا وشهد
احدهما على الشرا والاخر على الاقرار بالشرا تقبل لان لفظ الشرا يصلح للاقرار ويصلح للابتدا
فقد اتفقا على امر واحد هذا كله من الفصول ثم قال فيه وذكر في الفتاوى الصغرى لو
سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسالهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل
شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة
واختلفا في لونها قطع وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا جميعا على انه سرق بقرة واختلفا في
لونها قال اجيز الشهادة واقطعه وقال ابو يوسف ومحمد لا نجيز الشهادة ولا نقطعه
ولو شهد احدهما انه سرق بقرة وشهد الاخر انه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم
جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله ولو شهدا على الغصب واختلفا في اللون لا تقبل في
بالاجماع قيل هذا الخلاف في الالوان المتشابهة كالحمرة مع السواد والاصح ان الخلاف
في الكل واحد كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير لهما ان المشهود به
اختلف فلم يتم على ما شهد به كل واحد منهما نصاب الشهادة فلا تقبل كما في الغصب
بل اولى لان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال فلان يمنع في الحد اولى وكما لو اختلفا
في قدر القيمة وكما لو اختلفا في الذكورة والانوثة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اختلافهما
في اللون اختلاف امر زايد لم يكلفا بعلمه الا ترى انهما لو سكتا عنه جازت شهادتهما
كما لو اختلفا في لون ثوب السارق ولان قبول قول العدول واجب ما امكن التوفيق
والتلفيق وذلك ممكن لان اللونين المختلفين قد يجتمعان في حيوان في طرفيه فيرى
احد الشاهدين احد طرفيه والاخر الطرف الاخر ولا يستوعب نظر كل واحد منهما
طرفي الحيوان لان السرقة غالبا تقع خفية بالليالي من بعيد عادة فاذا احتمل هذا وجب

القول كما في شهود الزنا اذا شهد اثنان انه زنى في هذا الجانب من البيت وشهد اثنان
انه زنى في الجانب الاخر من البيت جازت شهادتهم لامكان التوفيق فكذلك ههنا بخلاف
الغصب لانه يقع نهارا جهارا من قريب الشاهد فلا يشتبه عليه لون المغصوب وبخلاف
اختلافهما في القيمة لان الشاهدين مكلفان ببيان ذلك حتى يعلم ان المسروق كان
نصابا ام لا فصار ذلك اختلافا في نفس الشهادة لا في امر زايد وبخلاف اختلافهما في
الذكورة والانوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما ونشابههما لا يكون في حيوان
واحد عادة ولان الشاهدين يكلفان ببيان الذكورة والانوثة لان القيمة تختلف باختلافهما
فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة قوله قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد
فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسماية فالشهادة باطلة اي قال في الجامع الصغير
وكان الانسب للوضع ان نذكر هذه المسيلة بعد قوله وان شهد احدهما بالف والاخر بالف
وخمسماية والمدعي يدعي الفا وخمسماية قبلت الشهادة على الالف لان تلك المسيلة
في دعوى المال وهذه في دعوى العقد ثم صورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال في الرجل يدعي على الرجل انه باعه هذا العبد بالف
وخمسماية درهم فينكر البايع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف قال هذا باطل وكذلك المكاتبة
اذا ادعاها العبد وانكر المولى وكذلك الخلع اذا ادعت المراة وانكر الزوج فاما النكاح
فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسماية وشاهد يشهد على
الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسماية فاما يعقوب ومحمد قالا النكاح
باطل ايضا الى هنا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير وفصل النكاح من الخواص
وهذه ثمان مسايل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم
العمد والنكاح والرهن ثم كل واحدة منها على وجهين اما ان يدعي هذا وينكر الاخر
او يدعي الاخر وينكر هذا وقد استوفينا بيان جملة ذلك عن شرح الطحاوي عند قوله ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى ومع هذا نذكر ما يقتضيه الموضع اما البيع اذا ادعى
البايع وانكر المشتري او ادعى المشتري وانكر البايع لا يقبل الشهادة اذا شهد احدهما على
الف والاخر على الفين او شهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية سوا ادعى الاقل
او الاكثر لان الاختلاف وقع بين الشاهدين في العقد فكل واحد منهما يشهد على عقد
غير ما شهد عليه الاخر فاختلف المشهود به فلم يتم على كل عقد نصاب الشهادة فلم يقبل
الشهادة وانما قلنا ان الاختلاف وقع في العقد لان دعوى البيع او الشرا قبل التسليم دعوى
العقد وهو يختلف باختلاف البدل فاذا اختلف الشاهدان لم يثبت احد العقدين
واما الاجارة فان كانت الدعوى في اول المدة قبل استيفا المنفعة واختلف الشاهدان
لا تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان
كانت بعد مضي المدة واستيفا المنفعة والمدعي هو المواجر فهو دعوى المال فان شهد
احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية والمواجر ادعى الزيادة جازت الشهادة على
الالف لان المدة اذا انقضت تكون المنازعة في وجوب الاجر فصار كرجل ادعى على
رجل دينا فشهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية جازت شهادتهما على
الاقل وان شهد احدهما على الف والاخر على الفين لا تقبل في قول ابي حنيفة وعندهما

يقبل على الاقل فكذلك هنا وان كان المدعي هو المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع واما الخلع
والصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان الدعوى من العبد والمراة والقاتل لا تقبل الشهادة
اذا اختلف الشاهدان في البدل لان الغرض اثبات العقد وان كان المدعي هو الزوج او المولى
او ولي القصاص جازت الشهادة على الاقل لانه دعوى المال وذلك لان العتق والعفو والطلاق
وقع باعتراف هو لا فبقي الدعوى في وجوب المال فصار الكلام فيه كالكلام في الاجارة بعد مضي
المدة واما الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لا
يقبل لان العبد متمكن من الفسخ ولان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات العقد
وان ادعى المكاتب فهذا دعوى العقد لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان في بدل
الكتابة كما في البيع والشرا واما النكاح فان كان الزوج يدعي والمراة منكرة واختلف الشاهدان
في المهر لا تقبل الشهادة ولان غرض الزوج اثبات العقد لا المال فكان الاختلاف في
المهر اختلافا في العقد فلا تقبل الشهادة وان كانت المراة هي المدعية فهذا دعوى المال
عند ابي حنيفة حتى لو ادعت النكاح بالف وخمسماية واختلف الشاهدان فالنكاح جايز
عند ابي حنيفة وعندهما لا تقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح قال فخر الدين قاضي خان
في شرح الجامع الصغير وذكر في الدعوى من الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة
وجه قولهما ان المقصود اثبات العقد والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسماية
فوقع الاختلاف اذن في المشهود به كما في البيع فلا تقبل الشهادة ووجه قول ابي حنيفة رضي
الله عنه ان المال تابع في باب النكاح لان المقصود من النكاح هو ملك البضع والازدواج
والمال تابع الا ترى انه ينعقد النكاح بلا تسمية المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف
في المال كالاخ والعم وقد اتفق الشاهدان على الاصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا
ينظر الى الاختلاف في التبع وهو المال لان حكم التبعية ان لا يغير الاصل الا ترى ان العقد
لا يفسد بفساد المهر ولا يبطل بنفيه فكذلك لا يختلف باختلافه فاذا لم يختلف الاصل
باختلاف التبع بقي المهر منفردا فيقضى باقل المقدارين لانهما اتفقا عليه وهو متيقن
كما في دعوى المال بخلاف البيع لان البدل ثمة اصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن
فكان ذلك دعوى العقد واما الرهن فان ادعى الراهن واختلف الشاهدان لا تقبل
الشهادة لانه لا حظ له في الرهن لان حفظ الرهن للمرتهن فكانت الشهادة بلا دعوى
فلا تقبل لان الدعوى لم توجد من المرتهن وان ادعى المرتهن فشهد احدهما على الف
والاخر على الف وخمسماية جازت شهادتهما على الاقل لان الاختلاف وقع في وجوب
الدين والدين يصح بغير رهن فيقضى شهادتهما على الاقل كما في الدين قوله يقضي بالاقل
لاتفاقهما اي يقضى بالنكاح باقل المقدارين لاتفاق الشاهدين على ذلك قوله فيستوي
دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح قيل فيه نظر فينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب
في الدين فان ادعى الاكثر قضي بالاقل والا فلا لان ملك البضع ثابت بلا اختلاف فبقي
دعوى المال منفردا فصار كدعوى الدين وقد صرح محمد بدعوى الاكثر في رواية الجامع
الصغير وقد بيناه قبل هذا قوله وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح اي الخلاف بين
ابي حنيفة وصاحبيه في الفصلين جميعا يعني فيما اذا كان مدعي النكاح الرجل او
المراة ولنا في قوله وهذا اصح نظر لانهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير وكذلك

لم يذكره في شروح الطحاوي فيما اذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف
وقع في العقد وقد مر بيانه قوله والوجه ما ذكرناه اشار به الى ما ذكر من دليل الطرفين
عند قوله ولهما ان هذا اختلاف في العقد الى اخر ما ذكره والله اعلم فصل في الشهادة
على الارث لما ذكر الشهادة التي تتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال الممات
لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقيب ذلك قوله قال ومن
اقام البينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يديه فانه ياخذها ولا يكلف
البينة انه مات وتركها ميراثا له اي قال في الجامع الصغير وصورتها في الجامع الصغير محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه قالوا اذا شهدوا فقالوا نشهد ان هذا كان
في يدي فلان مات وهو في يديه جاز ذلك وان قالوا للرجل ان هذا كان في يديه منذ
شهر او منذ سنة كان باطلا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهذا هو ظاهر الرواية
عن اصحابنا وروى هشام بن عبد الله الرازي عن ابي يوسف انه يقبل شهادتهم كذا ذكر
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا الذي ذكره ظاهر على قول ابي يوسف لانه
لا يشترط الجر والانتقال في الميراث لان ملك المورث اذا ثبت عند الموت ثبت ملك
الوارث وعندهما يشترط الجر والانتقال في الميراث لان ملك الوارث ملك متجدد
بدليل ان ما كان صدقة على المورث يحل للوارث وان كان غنيا فلما كان ملكه متجدد
فلا بد من اثبات الملك له ابتداء وذلك بالجر والانتقال بان يقول الشهود نشهد
انه مات وترك هذا الشيء ميراثا لهذا ولكن لما اثبت الشهود يد المورث عند الموت بان
شهدوا على انه مات وهذا الشيء في يده اثبتوا الملك له عند الموت لان اليد حينئذ
تصير يد ملك بالضمان والامانة مضمونة عند الموت بالتجهيل فلو شهدوا على الملك عند
الموت جاز واغنى عن الجر والانتقال لان الملك عند الموت سبب التوريث فكذا اذا
شهدوا على اليد عند الموت فصار كانهم شهدوا على انه مات وتركه ميراثا ويد المستعير
والمودع كيد المعير والمودع لانهما نائبان عنهما بخلاف ما اذا شهدوا ان هذا الشيء
كان في يد هذا المدعي منذ شهر لا تقبل شهادتهم في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن ابي
يوسف ووجه قوله ان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا ان هذا الشيء كان ملكه بالامس
يقبل فكذا اذا شهدوا انه كان في يده بالامس وذلك لان هذا الشيء متى ثبت انه كان
في يده ثبت ان يد المدعى عليه حادثة فيؤمر بالاعادة اليه كما لو اقر المدعى عليه يكون
الشيء في يد المدعي وكما لو شهدوا انه كان في يد فلان يوم مات او شهدوا بالاخذ
من المدعي ووجه الظاهر ان يد المدعي زائلة في الحال فلا يؤمر بالاعادة اليه الا عند
التيقن بكون الشيء حقا له ولم يتيقن بذلك لان الايدي مختلفة يد ملك ويد
عارية ويد وديعة ويد غصب وغير ذلك وحكمها مختلف بعضها يوجب الاعادة
وبعضها لا فاذا كانت الايدي مختلفة كانت الشهادة على اليد شهادة على المجهول
فلم يجب الاعادة الى يد المدعي بالشك بخلاف الشهادة على يد عند الموت لانها
شهادة على المعلوم لان اليد عند الموت تصير واحدة لانها تصير يد ملك بواسطة
الخلط والتجهيل وبخلاف ما اذا اقر المدعى عليه بان اليد كان للمدعي اذ الاقرار بالشيء
المجهول صحيح بخلاف الشهادة بالمجهول وبخلاف ما اذا شهدوا على اقرار المدعى عليه

انه اخذ من المدعي لان الاخذ موجب للرد شرعا لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى ترد ولنقول ان يد صاحب اليد ثابتة بالمعاينة وقد شهدوا للمدعي بالخبر وليس
الخبر كالمعاينة فلا يجوز نقض اليد التي تثبت بالمعاينة بما تثبت بالخبر وقد
شهدوا على مجهول كما ذكرنا وذكر في الشامل في قسم المبسوط في باب الدعوى في الميراث
من كتاب الدعوى لقبول الشهادة على الارث شرائط منها ان يشهدوا انه كان لمورثه
حتى لو قالوا انه لمورثه لا يقبل لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس بخصم وان كان ميتا
فاثبات الملك للميت حالا محال ومنها ان يدركوا الميت لان الشهادة على الملك بالتسامع
لا يصح ومنها ان يبينوا وجه الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركه ميراثا
لا يقبل ما لم يقولوا اخوه لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات
ومنها ان يجروا الملك اليه حتى لو قالوا كان لابيه ولم يقولوا مات وتركه ميراثا
او قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركه ميراثا لابيه ثم ابوه مات وتركه ميراثا
لا يقبل وعند ابي يوسف اخرا ليس بشرط ان يقولوا مات وتركه ميراثا غير انه
يسال البينة عن عدد الورثة للقضاء لابي يوسف اجمعوا لو اقام البينة ان المدعى عليه
اقر انه كان لابيه يقضى له وان لم يقولوا مات وتركه ميراثا كذلك هنا لهما لا يصير خصما
مع المدعى عليه الا بجر الملك والشهادة لا حكم لها الا على خصم بخلاف مسئلة الاقرار لانه
يثبت الحكم بنفسه فيصير خصما بدون الجر فان شهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا ولم
يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان هو ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لانه يحتمل
ان لا استحقاق له وان كان ممن يرث على كل حال يحتاط وينظر القاضي ثم يقضي بكله
له اما التنظر فاحتياطا واما الدفع فان سبب الاستحقاق ظهر ولا مزاحم وفي الزوج
والزوجة يقضي باقل النصيبين الربع والثمن عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد وهو رواية عن ابي حنيفة باكثرهما لان الاصل الكمال والنقصان عارض وابو يوسف
يقول الاقل متيقن والاكثر شك فلا يصار اليه وليس الاصل ان يكون له وارث ويأخذ
القاضي كفيلا بما يدفع عندهما احتياطا وعند ابي حنيفة لا ياخذ قال ارايت لم يوجد
كفيلا الا ادفع اليه حقه فان قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع يكفي عند ابي حنيفة وعندهما
لا يكفي لانه لا يلتبس ان لا وارث بموضع اخر ولابي حنيفة ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال للشاهدين على الارث هل تعلمون له وارثا غيره فيكم ولان الشهود يشهدون
على ما عندهم لا غير ولا يؤخذ عليهم غيره الى هنا لفظ الشامل وقال قاضي خان في شرح
الجامع الصغير فالحاصل عند ابي حنيفة ومحمد لا يقضى للوارث ما لم يشهدوا على الانتقال
نصا او على الملك عند الموت او على ما يقوم مقام الملك وهو اليد عند الموت قوله وكذا
على قيام يده اي يكتفى بالشهادة على قيام يده عند الموت قوله على ما نذكره اشارة
الى ما نذكره بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك قوله وان شهدوا انها
كانت في يد فلان اي في يد ابيه وبه صرح الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
حيث قال وان شهدوا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يديه جازت
الشهادة لانهم لما شهدوا باليد له وقت الموت فقد شهدوا بالملك له وقت
الموت لان يده لا تخلو اما ان تكون يد ملك او يد غصب او يد امانة فان كانت

يد ملك فلا شك وان كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان وان كانت يد امانة تصير
يد غصب بالتجهيل فتصير يد ملك دل انهم شهدوا بالملك له وقت الموت فيثبت
التنقل الى الورثة بالضرورة وروي الحسن انها لا تقبل لانهم شهدوا بيد منقضية والاصح
انها تقبل لما مر من الجواب **قوله** وان قالوا الرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ
اشهر لم يقبل واراد بالمدعي الرجل الحي المذكور وانما قيد بالحي لانهم اذا شهدوا الميت
وقالوا انها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقا **قوله** وان اقر بذلك المدعى عليه اي
اقر بان الدار كانت في يد المدعي وبيانه مر قبل هذا **قوله** لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار وانما يجب عليه بيان ذلك كما اذا اقر ان لفلان عليه شيا يجب عليه بيانه
وهو معلوم اي المشهود به وهو الاقرار معلوم والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست
بمانعة لصحة الاقرار والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من
شهادة الاصل شرع في شهادة الفرع لان الفرع عن الاصل موخر وجودا فاخره وضعا
للتناسب **قوله** قال الشهادة على الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة اي قال
القدوري في مختصره اراد بكل حق لا يسقط بالشبهة غير الحدود والقصاص وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز كذا في شرح الاقطع وجه القياس ان الشهادة
عبادة وجب اداوها على شاهد الاصل فلا يجوز ان يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم
وساير العبادات ووجه الاستحسان ان شاهد الاصل قد يعجز عن اداء امانة الشهادة
بنفسه لعذر الغيبة او المرض او الموت فلو لم تجز الشهادة على الشهادة لتويت حقوق
الناس الا ان في الشهادة على الشهادة شبهة من حيث انها بدل لانها قايمة مقام شهادة
الاصل والابدال لا مدخل لها في الحدود والقصاص فلم تقبل الشهادة على الشهادة فيها
كشهادة الرجال مع النسا وعلل في اشارات الاسرار بان التهمة في شهادة الفروع
ثابتة وكذا في شهادة الاصول فكانت التهمة من وجهين وقد امكن الاحتراز عن
الزيادة يعني شهود الاصل في الجملة فلم تقبل هذه الشهادة فيما لا يثبت مع الشبهات كالحدود
وهذا مذهبنا وقال الشافعي يقبل في القصاص وحد القذف وفي بقية الحدود وله قولان
كذا في شرح الاقطع احتج بانه حق لادمي كساير الحقوق وجوابه ما قلنا وقال
الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه خمسة اشيا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة
كتاب القاضي الى القاضي وحد الزنا والسرقة والقصاص والقذف وحد شرب
الخمر وقال في اول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد بن الحسن في نوادر
محمد بن رستم تجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة **قوله** ويجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع
والقياس ان يكون شهود الفرع اربعة على كل واحد من شاهدي الاصل اثنان
وقال مالك ويجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها وذلك ان
يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة رجل واحد
من الشاهدين الاولين ولا يصح ان يشهد كل واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين
الاولين والشهادة على الشهادة في الزنا جايزة وذلك ان يشهد اربعة على شهادة
كل واحد من شهود الاصل الاربعة الى هنا لفظ كتاب التفريع لاصحاب مالك وقال

الشافعي ليشهد على كل شاهد شاهدان فان شهدا على شهادتهما جميعا جاز
على اقيس القولين كذا ذكر في وجيزهم وعند احمد بن حنبل اذا شهد كل واحد من
شهود الفرع على واحد من شهود الاصل جاز وقال بعض اصحابه لا يثبت حتى
يشهد اربعة كل اثنين من شهود الفرع على واحد من شهود الاصل كذا في كتابهم
المسمى بالمستوعب وجه من قال بجواز شهادة واحد على واحد ظاهر لان كل
واحد من الفرعين قايم مقام اصل فلو شهد الاصلان جاز فكذا اذا شهد الفرعان
ووجه اشتراط الاربعة في الفروع ان كل فرعين قايمان مقام اصل واحد فلو شهد
واحد من الاصلين على شهادة نفسه وشهد مع هذا على شهادة غيره
لا يجوز فكذا اذا شهد الفرعان على شهادة اصل ثم شهدا على شهادة اصل اخر
لا يجوز ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال لا يجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين ووجه الاستدلال بذلك ان عليا رضي الله عنه جوز شهادة
الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل اخر ولم يشترط ان
يكون بازا كل اصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا
على شهادة الاصلين ولم يرو عن غير علي خلافه فحل محل الاجماع ولان المشهود به في
حق الفروع شهادة الاصول فقامت على شهادة كل اصل شهادة رجلين ولهذا
اعتبر لكل اصل فرعان فقبول الشهادة في شي لا يمنع قبولها في موضع اخر كما اذا شهد الاثنان
بحق اخر الا ترى انهما لو شهدا على اقرار رجلين جاز ولان الاستحقاق يتعلق بشهادة شهود
الاصل وكل قول يتعلق به الاستحقاق يجوز ان ينقل الى القاضي باثنين اصله الاقرار
بخلاف ما اذا شهد شاهد الاصل على شهادة نفسه ثم على شهادة غيره لا يجوز
لئلا يجتمع البدل والمبدل ومثل ذلك لا يوجد في مسيلتنا **قوله** ولا تقبل شهادة
واحد على واحد هذا لفظ القدوري في مختصره وقال ابن ابي ليلى واحمد والاوزاعي
يجوز كذا في شرح الاقطع ولنا ما روينا من حديث علي انفا وهو المراد بقوله في المتن
لما روينا ولانه نقل قول الغير الى القاضي فلا يصح نقل واحد كما في الاقرار وقال في
قسم المبسوط من الشامل لا يجوز على شهادة رجل اقل من شهادة رجلين او رجل
وامراتين لان شهادته حق فلا يثبت الا بما هو حجة **قوله** وهو حجة على مالك اي
حديث علي حجة عليه في تجويزه شهادة واحد على واحد ولنا في هذا النقل عن مالك
نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد وهو المشهور عنه وقد مر بيان مذهبه
انفا **قوله** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان لم يقل واشهدني على نفسه جاز وانما قيد بقوله
اشهد على شهادتي لان الشهادة على شهادة الغير لا تجوز بدون الاشهاد لانها ليست
بموجبة بنفسها وانما تصير موجبة بنقل شهادة الاصل الى مجلس القضا فلا بد من
الاشهاد والتحميل وقد مر بيانه في اول الفصل الثاني من كتاب الشهادات والبه
اشار في المتن بقوله على ما مر وهذا بخلاف ما ثبت حكمه بنفسه كالاقرار والبيع
والغصب وحكم القاضي حيث لا يحتاج فيه الى الاشهاد وانما قال على شهادتي لانها

هي المعنى الذي تقع عليه شهادة الفرع وانما قال الاصل اشهد ان فلان بن فلان اقر
عندي لانه لابد للاصل ان يشهد عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي حتى ينقل
الفرع شهادة الاصل الى مجلس القاضي بعينها واما قوله واشهدني على نفسه فذكره
تاكيد للشهادة بامر المشهود عليه وان لم يقل ذلك جاز لان لشاهد الاصل ان يشهد
وان لم يستشهد لان ما يثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهدان يشهد عليه بدون الاشهاد
قوله لان الفرع كالنايب عنه ولا شك ان الفرع قايم مقام الاصل نايب عنه وكان
ينبغي ان يقول نايب عنه فقيل في تاويل قوله كالنايب عنه لان للقاضي ان يقضي
بشهادة اصل واحد وفرعين عن اصل اخر ولو كان الفرع نايبا حقيقة لما جاز الجمع بين
الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم **قوله** وان لم يقل له اشهد اي وان لم
يقل المقر للشاهد اصالة اشهد على اقراري وقال الحاكم الجليل في التحميل اشهد واشهدك
على شهادتي بكذا وهذا قريب من الاول **قوله** قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء
اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم يقول عند الاداء اشهد ان
فلانا شهد عندي واشهدني على شهادته انه شهد بكذا وذكر الخصاف انه يكرر
لفظ الشهادة ثماني مرات فيقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه
شهد ان فلان بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان هذا عليه الف
درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي لفلان بكذا
قال الشيخ ابو نصر البغدادي ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلث لفظات وهو
ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وما ذكره صاحب
الكتاب اولى واحوط لان قوله اشهد لا بد منه وهو لفظ شهادته ثم يخبر بعد
ذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل اما قوله وقال لي اشهد على شهادتي
هو شرط عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان لم يذكر جاز وجه قولهما انه اذا
لم يقل وقال لي اشهد على شهادتي احتمل ان يكون امره ان يشهد بمثل شهادته
وذلك كذب ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته تحميلا بالشك ووجه
قول ابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن وانه لا يكذب وليس
ذلك الا ان يحمل على انه اراد التحميل فيصح كذا في شرح الاقطع **قوله** وقال لفظا اطول من
هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها اي لشاهد الفرع عند الاداء لفظ اطول من الذي ذكره
القدوري وهو كما قال الخصاف ولفظ اقصر منه كما ذكر الشيخ ابو نصر وخير الامور اوساطها
يعني ما ذكره القدوري في مختصره احسن لانه وسط وذكر الخصاف انه يكفي ثلاث
شينات في الاشهاد وست في الاداء وهو ان يقول في الاشهاد اشهد ان فلانا اقر
عندي لفلان بكذا فاشهد على شهادتي ان لفلان على فلان كذا ويقول في الاداء اشهد
ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته فانا اشهد
على شهادته ان لفلان على فلان كذا وهذا معنى ما قال في نظم الجامع ويوتى
بشينات ثلاث لحملها وبالست في حال الادا مرددا وقال الشيخ ابو القاسم
الصفار يقول في الاشهاد اشهد عندكم بكذا واشهدكم على شهادتي فتجزيكم

وامركم

وآمركم ان تسمعوا بذلك ويقول في الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني
على شهادته بذلك وامرني ان اشهد على شهادته بذلك وقال الفقيه ابو جعفر
اذا قال في الاداء اشهد على شهادة فلان بكذا يكفي ولا يحتاج الى الزيادة ذكره الفقيه
ابو الليث في النوازل في اول باب الشهادات وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر عن ابي نصر بن محمد بن سلام انه كان يقول الشاهد على الشهادة
اذا اراد ان يشهد عند الحاكم ينبغي ان يقول اشهد ان فلانا شهد بكذا وكذا واشهد على
شهادته بذلك وان قال اشهد اني اشهد على اقرار فلان بن فلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة
قال لا اقبل ذلك وقال ابو يوسف في الامالي هو جايز لان معناه في العرف اشهد
على شهادتي لجاز ان يكتفي به وجه المشهور ان الشهادة تحميل ولم يوجد فلا يجوز
لا انه امره ان يشهد بان شاهد الاصل شهد وجواب قوله انا لا نزيد في اللفظ ما
ليس بمذكور كذا ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي وقال في الفتاوى الصغرى
شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء ابايهم واجدادهم حتى لو قالا للقاضي
نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا او قالا للقاضي لا نسميهما
لك او قالا لا نعرف اسماءهما لم تقبل حتى يسمياهما لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة **قوله** ومن
قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على
شهادتي وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لان الفرع نايب عن الاصل في الشهادة
والنيابة لا بد له من الانابة ولا يكون الانابة الا بالتوكيل والتحميل ولم يوجد ولا بد من
ان يقول اشهد ان فلانا اقر لفلان بكذا فاشهد على شهادتي هذا عند محمد ظاهر لان اصل
محمد ان القضاء مضاف الى شهادة الاصول والفروع لانهما اذا رجعوا جميعا فالمشهود
عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع عند محمد كما سيجي بيانه في
اواخر كتاب الرجوع عن الشهادة واذا كان القضاء مضافا الى شهادة الاصول والفروع
لم يكن بد من النقل ولا بد للنقل من التحميل وهذا معنى اشتراكهم في الضمان لان معناه ان
نصف الضمان على الاصول ونصفه على الفروع واما عند ابي حنيفة وابي يوسف
رضي الله عنهما وان كان القضاء مضافا الى الفروع حتى وجب الضمان على الفروع خاصة
عند رجوع الاصول والفروع جميعا فلا بد من التحميل ايضا لانهم انما ضمنوا بالنقل لان شهادة
الاصول لم يكن حجة قبل النقل وانما صارت حجة بنقل الفروع ذلك الى مجلس القاضي فاذا
كان ذلك نقلا لشهادة الاصول لم يكن للفروع ان ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم ولو قال
الرجل اشهد على شهادتي فسمعه اخر لم يشهد على شهادته لان التحميل شرط بخلاف القاضي
اذا اشهد قوما على قضيته وسمع اخرون وسع للسامعين ان يشهدوا لان قضاه حجة
بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فصحت الشهادة عليه بالمعاينة من غير تحميل
قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لابد ويجوز ان يقال انه عطف على قوله
ليصير **قوله** قال لا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم
اي قال القدوري في مختصره وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا على شهادة الرجل

قال لا يجوز الا ان يكون المشهود على شهادته مريضا بالمصر لا يستطيع اتيان القاضي او يكون على مسيرة ثلاثة ايام ولياليهن وذلك لان جواز الشهادة على الشهادة للحاجة وانما تتحقق الحاجة عند العجز عن شهادة الاصول وانما قلنا ان جوازها للحاجة لان القياس لا يجوز لزيادة تهمة وهي تهمة عدم الاشهاد من الاصل ويمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود لكثرتهم وهذه الاشيا تثبت بها العجز فتمس الحاجة الى جوازها فجوزت لان تكليف المريض بالحضور الى مجلس القاضي باطل دفعا للحرج وقدر الغيبة بمدة السفر لان المدة معتبرة في اثبات العجز والقصير ليس بمعتبر ففصل بينهما بمدة السفر لان ما دون السفر في حكم المصر والاصل هنا قوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا بيانه ان ادا الشهادة على شاهد الاصل واجب بموجب النص حتى اذا امتنع عنه كان فاسقا فلا تجوز الشهادة على الشهادة الا اذا كان غايبا بالمدة المذكورة او مريضا فحينئذ يكون معذورا في التخلف لعجزه عن الحضور كما اذا كان ميتا فتجوز الشهادة على الشهادة وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان في موضع لو جا الى الحاكم لا يمكنه ان يرجع في يومه ذلك الى اهله فهو معذور في التخلف قال الفقيه وبهذا القول ناخذ لانه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر واما اذا كان دون ذلك فتلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال فخر الاسلام وقول ابي يوسف حسن وقال في شرح الاقطع وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر اي تقبل الشهادة على الشهادة وان كان شهود الاصل في المصر لانهم ينقلون قولهم فصار كنقل اقرارهم ونقل في الفتاوي الصغرى عن اخر شهادات المنتقى قال محمد رحمه الله اقبل الشهادة على الشهادة والمشهود على شهادته في المصر من غير مرض به ولا علة **قوله** حتى ادير عليها عدة من الاحكام اي على مدة السفر اديرت الاحكام كقصر الصلاة وفطر المسافر وامتداد المسح الى ثلثة ايام وعدم وجوب تكبير التشريق على قول ابي حنيفة وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المراة بلا محرم او زوج **قوله** الاول احسن لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز هذا لفظ القدوري في مختصره قال في الفتاوي الصغرى واذا شهدا على شهادة شاهدين وصححا الشهادة فينبغي للقاضي ان يسالهما عن عدالة الذي شهدا على شهادته لم يذكر محمد في المبسوط سوال القاضي اياهما عن عدالة الاصول وانما عرف هذا من الخصاف قلنا لا هو عدل تثبت عداله الاصل ان كانت عدالة الفروع ثابتة وان لم تكن عدالة الفروع معلومة سال عنها القاضي فان تثبت عدالتهما ثبتت عدالة الاصول ايضا الى هنا لفظ الفتاوي الصغرى وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح ادب القاضي وروي عن محمد ان تعديلهما لا يكون صحيحا لان الفرع نايب عن الاصل فتعديله الاصل يكون بمنزلة تعديل الاصل نفسه ووجه ظاهر الرواية ان الفرع نايب عن الاصل في نقل عبارته الى مجلس القاضي فاذا نقل عبارته الى مجلس القاضي فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة ساير الاجانب فكما ان التعديل من ساير الاجانب يكون صحيحا فكذلك التعديل من الفروع ينبغي ان يكون صحيحا وذكر هنا في شرح

الاقطع

١٠٦

الاقطع سووا الاوجوابا فقال فان قبل شهادة نفسه لا تصح الا بتعديله فكان متهما فيه قيل له ما اوجب تصحيح شهادته لا يوجب التهمة الا ترى ان ذلك موجود في ترك فسقه وموجود في صلاحه وعدالته فيجب على قولك ان لا يقبل شهادته وكذلك لو شهد رجلان عند القاضي بحق فعدل احدهما صاحبه جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هنا **قوله** وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان سكت شهود الفرع عن تعديل شهود الاصل جاز شهادة الفروع ونظر القاضي في حال شهود الاصل يعني يسال القاضي عن عدالة شهود الاصل غير شهود الفرع قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي يوسف وقال محمد لا تقبل الشهادة اذا لم يعدلاه وجه قول ابي يوسف ان شهود الفرع يلزمهم النقل ولا يلزمهم التعديل لان ذلك قد يخفى عليهم فوجب ان يرجع فيه الى القاضي كما يرجع اليه في تعديل شهود الفرع ولانهم نقلوا قولهم فكانهم حضروا وشهدوا فسال القاضي عنهم ووجه قول محمد ان نقلهم الشهادة يحتاج الى ان يعلموا انها شهادة وذلك لا يكون الا بالعدالة فاذا لم يعرفوا ذلك لا يصح كالو شهدوا على من لا يعرفون عقله هكذا ذكر الخلاف ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف واليه ذهب صاحب الهداية وذكر شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي خلاف محمد على خلاف هذا فقال وان قال الفروع لا نخبرك بشي لم تقبل شهادتهما على شهادته في ظاهر الرواية لان هذا يكون جرحا في شهادة الاصول الا ترى ان الفرع لو قال نتهمه في هذه الشهادة لا يكون شهادته حجة فكذلك اذا قال لا نخبرك بشي يكون جرحا ثم قال وروي عن محمد انه قال لا يكون جرحا لان هذا يحتمل ان يكون جرحا في الشهادة ويحتمل ان يكون توقفا في حالهما فلا يثبت الجرح بالشك وقال في الفتاوي الصغرى وذكر شمس الايمة الحلواني ان القاضي يقبل شهادتهما ويسال عن الاصل وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا **قوله** الماخوذ عليهم اي الواجب على الفروع

قوله وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان شرط صحة الشهادة على الشهادة التحميل فاذا انكر شهود الاصل شهادتهم لا يوجد التحميل فلا يصح شهادة الفروع لعدم الشرط ومعنى التعارض المذكور في المتن بين خبري الاصول والفروع ان الاصول انكروا التحميل والفروع اثبتوه وشرط صحة الشهادة على الشهادة التحميل فاذا انكر الاصول التحميل ينتفي الشرط فلا يصح شهادتهم بعد ذلك **قوله** واذا شهد شاهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجا بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة وهذه من مسايل الجامع الصغير اي قال الفرعان اخبرنا الاصلان ان الاصلين يعرفان فلانة وقوله فجا بامراة بتوحيد الفعل اي فجا المدعي بامراة وفي بعض النسخ فجا بلفظ التثنية اي جا الفرعان بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا قال الفرعان لا ندري ان المعرفة بالنسبة هي هذه الحاضرة ام لا وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين يشهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها وجيا بامراة فيقولان ما ندري هذه هي ام لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان

انها فلانه الفلانية بعينها فاجير الشهادة وكذلك كتاب القاضي الي القاضي بشهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتي ينسباها الي فخذها الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لان الفرعين شهدا علي شهادة الاصول علي فلانة بنت فلان من غير ان يعرفها الفرعان بعينها فيجب التوقف الي ان ياتي المدعي بشاهدين يشهدان ان الحاضرة هي المعرفة بالنسبة اذ يحتمل ان يكون هي غير المعرفة قال العتابي وغيره نظيره اذا ادعي رجل محدودا في يديه وشهد له شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعي عليه بغير حق فقال المدعي عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يديه محدود بهذه الحدود وقال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشتري دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين ان هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعي عليه ليصح القضا وكذلك كتاب القاضي الي القاضي بشهادة شاهدين يعني ان القاضي الكاتب يكتب في كتابه الي القاضي الاخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني علي فلانه بنت فلان الفلانية كذا من الدراهم فاقض عليها انت بذلك فاحضر المدعي فلانه في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع الكتاب اليه يقول القاضي المكتوب اليه للمدعي هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانه بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضا عليها لان هذا في معني الشهادة علي الشهادة وان قالوا في هذين البابين اعني في الشهادة علي الشهادة وفي كتاب القاضي الي القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتي ينسبوها الي فخذها فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسر العتابي بالاب الاعلي الذي ينسب ابوها اليه وذلك لان بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك مالم ينسبوا الي القبيلة الخاصة قال الفقيه ابو الليث كما انهما لو شهدا علي فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف مالم ينسبوها الي محلتها وسكتها فكذلك ههنا **قوله** وشهدوا علي المشتري اي علي شرا المشتري وهو بكسر الراء كذا السماع **قوله** الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل هذا جواب سوال وهو ان يقال ان كتاب القاضي الي القاضي بمنزلة الشهادة علي الشهادة لان القاضي الكاتب ينقل شهادة شاهدين الي القاضي المكتوب اليه وفي الشهادة علي الشهادة يشترط الاثنان فينبغي ان يكون القاضي الكاتب اثنين ايضا فقال انما جاز كتاب القاضي الواحد لكمال ديانته ووفور ولايته لان ولايته عامة وليس لغيره هذه الولاية **قوله** ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف علي ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلي فنزل منزلة الجد الادني يعني ان الفخذ اسم الجد الاعلي في القبيلة الخاصة فكان ذكرها في التعريف بمنزلة الجد الادني هو اب الاب قال في الجمهرة الفخذ من العرب دون القبيلة وفوق البطن بتسكين الخا والجمع افخاذ وكذلك اثبت صاحب المجمل ايضا واثبت صاحب ديوان الادب بخلاف هذا فقال في باب فعل بفتح الفا وكسر العين الفخذ من العشاير اقل من البطن وقال صاحب التيسير في سورة الحجرات

وهو شي استحسنه المتاخرون اي قال ابو بكر الرازي وفي كتاب الوكالة فعلامة السين في ما فات الصدر الشهيد امراة لا تخرج من البيت فوكلت وكيلا بالخصومة فوجبت عليها اليمين ان كانت ممن لا تعرف بالخروج من بيتها ومخالطة الرجال في الحوايج يبعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الاخران علي يمينها او نكولها **قوله** قال ومن شرطي الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ثم انما شرط في الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد التصرف من الموكل فاذا كان لا يملك الموكل بنفسه لا يملكه الوكيل قيل لا يستقيم هذا الشرط الا علي مذهب ابي يوسف ومحمد لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف علي مذهب ابي حنيفة لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرايها وهو جايز علي مذهب ابي حنيفة مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم انه ليس بشرط علي مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ولهذا قال الاكل عقده لا يجوز للموكل ان يباشره بنفسه لا يجوز للوكيل ان يباشره له كما لو وكله ببيع الدم والميتة قلنا ينتقض هذا الكل بعقد الصرف فانه لا يجوز للموكل ان يباشره بنفسه اذا كان غايبا ويجوز للوكيل ان يتولاه وكذلك الحاكم لا يجوز ان يحكم لنفسه ويجوز ان يحكم له غيره والقياس علي الدم والميتة ضعيف لان اهل الذمة لا يعتقدونه مالا فلا يملك الوكيل تصرفه بخلاف الغير فانه عندهم مال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم علي مذهب الكل وانما خص هذا القايل ده الاستقامة علي مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع ويقصده ومعني قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا علي وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعني حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا او شرا لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية له شرعا في جنس التصرف لا في كل الافراد علي وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الاخر وهو ان يعقد البيع ويقصده حاصل في الوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معني البيع والشرا ويقصده فصح الشرط اذا علي مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله وانما شرط ان يكون الموكل ممن يلزمه الاحكام احترازا عن الوكيل اذا وكل غيره حيث لا يصح توكيله بما وكل به الا اذا اطلق له الموكل او يجيز ذلك او فعل وكيل الوكيل بحضرة موكله لان حكم العقد وهو الملك لا يلزم الوكيل بل يلزم الموكل ولهذا لا يملك الوكيل بالشرا المبيع ولا يملك الوكيل بالبيع الثمن وقيل هذا احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما اذا اشتريا شيا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما ايضا وهذا هو الاصح من الاول وانما شرط ان يعقد بان يعرف ان البيع سالب للملك والشرا سالب جالب وعرف الغبن اليسير من الفاحش لانه اذا لم يعقل ذلك كالصبي الذي لا يعقل والمجنون الذي لا يعقل لا يصح وكالتهما اذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح وانما شرط ان يقصد العقد احترازا عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع والشرا **قوله** واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز هذا لفظ القدوري

في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بنا على الغالب لان غالب احوال الحر البالغ ان يكون عاقلا وكونه مجنونا نادر وانما جاز توكيل الحر العاقل البالغ وتوكيل المادون لوجود شرط الوكالة وهو ان يكون الموكل مالكا للتصرف بولاية شرعية والوكيل ممن يعقل البيع والشرا ويقصده فاذا وجد الشرط والمانع منتف يحقق الحكم وهو صحة الوكالة وكذلك يجوز للوصي ان يوكل ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط للوصي ان يوكل لانه يتصرف بالولاية كالاب **قوله** وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا وعبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يجوز توكيل الصبي وجه قوله انه غير مكلف فصار كالمجنون ولنا انهما من اهل العبارة لان كلامهما ينبي عن معنى مفهوم فصح توكيلهما كالبالغ والمجنون ليس كذلك لانه لا يقصد البيع فصار كالهازل فلم ينعقد بيعه وفي اعتبار عبارة الصبي نفع محض له نحو كاحتطابه واحتشاشه وهذا لان الادمي ممتاز من ساير الحيوانات بالنطق فيعتبر كلامه كيلا يلزم الحاقه بالبهيمة والعبد مالك للتصرف على نفسه لكونه مكلفا الا انه لا يملك التصرف في حق مولاه كيلا يلزم الضرر به ولهذا لا يلحقه العهدة لحق المولي وكذا لا يلحق العهدة الصبي لانه ليس باهل للضرر لقصور ولاية بعدم البلوغ فاذا جاز توكيلهما ولم يلحق العهدة بموكلهما لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما قال في شرح الاقطع روي عن ابي يوسف ان المشتري ان علم ان بايعه صبي او محجور عليه لم يتعلق الحقوق به وان لم يعلم ثم علم ثبت الخيار له لانه اذا لم يعلم فالظاهر انه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد واذا لم يكن كذلك صار بمنزلة العيب فيثبت له الخيار وقال في خلاصة الفتاوى الوكيل بالبيع اذا كان صبيا ان كان ماذونا فالعهدة عليه استحسانا وان كان محجورا فعلى الامر وكذلك في العبد المحجور **قوله** كما اذا عثر على عيب والجامع عدم الرضا **قوله** قال والعقود التي يعقدها الوكلا على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه تسليم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده اي جنس العقد وقال في شرح الاقطع قال الشافعي الحقوق تتعلق بالموكل وجه قوله ان حكم العقد وهو الملك يقع للموكل فكذا ما كان حقا للملك لان حق الملك تبع للملك فصار الوكيل في البياعات كالوكيل في النكاح وكالرسول ولنا ان الوكيل هو العاقد ولذا اضاف العقد الى نفسه وهو ممن يلزمه الضمان بعقده لانه حر مكلف فتعلقت الحقوق به والعهدة عليه كالعاقد لنفسه ولا يلزم الصبي المحجور والعبد المحجور اذا صارا وكيلين حيث لا يلزمهما العهدة دفعا للضرر كما بينا قبل هذا ولا يلزم القاضي وامينه ايضا لان ايجاب الضمان عليهما ينافي القضا لانه يصير خصما فلا يصح قضا الخصم واورد الشيخ ابو نصر البغدادي في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل الثمن حق للموكل يجوز لوكيله المطالبة به فجاز للموكل ان يطالب به اصله ساير الحقوق قيل لا نسلم ان الثمن حق للموكل بل هو للوكيل يتعين به حق الموكل ولهذا يجوز البراة منه وان الوكيل لا يطالب بالثمن بمقتضى الوكالة وانما له المطالبة عندنا بحكم عقده ولهذا لو عزله الموكل عن المطالبة لم ينعزل وساير الحقوق بخلاف ذلك لا يجوز له ان يوكل غيره صح

٥٥

قال في الفتاوى

قال في الفتاوى الصغرى حق القبض في البيع للوكيل ولو قبض الموكل صح وقال هذا في غير الصرف اما في الصرف فلا يجوز قبض الموكل لانه بمنزلة الايجاب والقبول ونقله عن اخر صرف الكافي من شرح الصدر الشهيد وقال في الفتاوى الصغرى ايضا الوكيل ما دام حيا وان كان غايبا لا ينتقل الحقوق الى الموكل وقال ايضا ذكر الفضلي ان الوكيل بالبيع اذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل الى وصيه دون الموكل ولو مات ولم يوص يرفع الامر الى القاضي لينصب وصيا وهو قول بعض مشايخنا وقال بعضهم تنتقل الى موكله ولاية قبض الثمن ونقله عن اخر الباب الاول من شهادات الجامع ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشرا ثم ينتقل منه الى الموكل او يثبت للموكل ابتدا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ومن تابعه بالاول واليه ذهب بعض اصحابنا وهو اختيار قاضي خان كذا في التحرير وقال ابو طاهر الدباس بالثاني وهو مذهب جماعة من اصحابنا قالوا ان الملك يثبت للموكل ابتدا والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل الا ان الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واليه ذهب صاحب الهداية بقوله هو الصحيح قال في الفتاوى الصغرى قال شمس الايمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقول الشافعي كقول ابي طاهر كذا في شرح الاقطع وقال في الفتاوى الصغرى ذكر الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما فقال الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا حسن وجه قول ابي طاهر ان الوكيل اذا اشترى ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فلو ثبت الملك له لعتق ووجه قول ابي الحسن ان الوكيل اذا خالف لزمه المشتري فلو لم ينتقل الملك اليه لم يلزمه بالمخالفة كما لا يلزم الوكيل في النكاح اذا خالف دل على انتقاله اليه وان لم يخالف ولا يرد الصبي المحجور والعبد المحجور لانهما اذا خالفا لا ينتقل الملك اليهما ولا يلزم القاضي اذا عقد على مال الصغير على وجه لا يجوز على الصغير ان المعقود ينتقل اليه وان كان لو لم يخالف لم ينتقل لان من اصحابنا من قال ان الملك ينتقل اليه ولكن لا يلزمه الضمان كيلا يضيع امور المسلمين بتقاعد الناس عن القضا خوفا عن الضمان ومنهم من قال ان القاضي اذا اعتمد العقد على وجه لا يجوز خرج من القضا وصار عقده كعقد الوكيل وان فعل ذلك ساهيا لم يخرج من القضا ولم ينتقل الملك اليه كما لا ينتقل الى العبد المحجور وجواب قول ابي طاهر ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دايم وملك الوكيل غير مستقر ولا دايم فيه الا ترى انه يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة كما قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث تنتقل منه الى الحرة فكذلك هنا **قوله** وصار كالرسول اي صار الوكيل في عدم تعلق الحقوق به كالرسول في البيع حيث لا يتعلق الحقوق به صورة ارسال الرسول ان يقول البايع بعت عبدي هذا من فلان الغايب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما

كذا ذكر في اوايل كتاب البيوع من شرح الطحاوي **قوله** واذا كان كذلك كان اصلا اي اذا
كان الوكيل عاقدا حقيقة وحكما كان اصلا في الحقوق فيتعلق به اي يتعلق الحقوق بالوكيل
قوله في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** خلافة عنه اي عن الوكيل **قوله** كالعبد يتهب
ويصطاد اي يقبل الهبة يعني يثبت الملك للمولى على وجه الخلافة عن العبد بعقده
وقبضه قال الكرخي في مختصره في اخر كتاب الهبة اذا وهب رجل لعبد رجل
هبة فالقبول الى العبد فان قبل وقبض صحت الهبة وكان الملك للمولى ولا يجوز
قبول المولى ولا قبضه كان على العبد دين او لم يكن الى هنا لفظ الكرخي **قوله** هو
الصحيح اي ثبوت الملك للموكل خلافة عن الوكيل هو الصحيح وهذا احتراز عن قول ابي
الحسن الكرخي وقد مر بيانه **قوله** وفي مسيله العيب تفصيل نذكره يعني ان
الخصومة في العيب للوكيل وعليه ولكن فيها تفصيل سيذكر في الباب الذي
بعد هذا عند قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب **قوله** قال وكل عقد
يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون
الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الوكيل لا بد له من الاضافة في هذه العقود الى موكله لانه لو
اضاف العقد الى نفسه لا يقع عن موكله فلما لم يكن بد من اضافة العقد الى الموكل
في هذه العقود لان هذه العقود لا يقبل الحكم فيها الفصل عن السبب لان السبب وهو
العقد اذا وجد وجد معه الحكم لا محالة لان فيها معنى الاسقاط اما الخلع والصلح عن دم العمد
فظاهر واما النكاح فان فيه معنى الاسقاط ايضا لان الاصل في المراة التي خلقت محلا للنكاح
للمالكية فبعقد النكاح سقط عنها نوع المالكية والساقط لا يعود فلا يمكن ان يقال سقط
عنها هذه المالكية لاجل الوكيل وثبت هي للوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان الساقط
يتلاشى فلما لم يقبل الحكم الفصل عن السبب وقع العقد لمن اضيف اليه فان اضيف
الى الموكل وقع له وان اضيف الى الوكيل وقع له فلم يتصور اذن صدور العقد من شخص
باضافته اليه وثبوت حكمه لغيره فبقي الوكيل في ذلك سفيرا محضا بخلاف البيع والاجارة
فان الوكيل في ذلك يستغني عن اضافة العقد الى موكله ولهذا لا يشترط ذلك بنا
على ان الحكم يقبل الفصل عن السبب لانه لا يلزم من وجود العقد وهو السبب وجود الحكم
وهو الملك لا محالة كما في البيع بشرط الخيار واذا كان كذلك قلنا بثبوت الحكم وهو الملك
اولا للوكيل ثم انتقل منه الى الموكل على ما ذهب اليه الكرخي وفي باب النكاح يثبت
الحكم اولا للموكل لعدم انفكاك الحكم عن السبب هذا معنى تقرير صاحب الهداية فافهمه
ان شا الله تعالى وقد تكلف فيه بعضهم بحر تقيل وجملة القول هنا ما قال في شرح
الطحاوي بقوله اعلم ان حقوق العقد في البيع والاجارة والاستيجار وما كان مبادلة مال
بمال ترجع الى العاقد والعاقد في حقوق عقده كالمالك والمالك كالاجنبي وهذا اذا
كان الوكيل اهلا من ان يعقد لنفسه واما اذا لم يكن اهل العقد لنفسه فلا ينصرف
حقوق العقد اليه وانما ينصرف حقوق العقد الى الموكل كالعبد المحجور والصبي
المحجور والمعتوه المحجور الذي يعقل البيع والشرا وحقوق العقد هي قبض الثمن وتسليمه
فلو ان للموكل طلب المشتري بالثمن ليس له ذلك ولو امر الوكيل الموكل بقبض الثمن

فايهما طالبه

فايهما طالبه بالثمن اجبر المشتري على تسليم الثمن اليه فلو نهى الوكيل الموكل عن قبض الثمن صح نهيه
ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن فانه لا يصح نهيه غير ان المشتري لو نقد الثمن الى الموكل
بري من الثمن استحسانا ولو كان الوكيل هو الذي ابرا المشتري من الثمن او وهبه له او ابراه
عن البعض او حط عنه فان ذلك كله جايز ويضمن الوكيل للموكل ما اسقط عن المشتري وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف لا يصح ابراوه ولا هبته ولا حطه وكذلك
اذا اخر الوكيل الثمن هو على هذا الخلاف ولو فعل ذلك الموكل صح ذلك بالاجماع وللوكيل ان يطالب
البايع بتسليم المبيع اذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب الموكل به ولو استحق المبيع رجع المشتري
بالثمن على الوكيل اذا نقد الثمن اليه وان نقد الثمن الى الموكل رجع عليه بالثمن ولو لم يستحق
المبيع ولكن المشتري وجد به عيبا فله ان يخاصم مع الموكل فاذا اثبت عليه العيب ورده
عليه بقضا قاض اخذ الثمن من الوكيل اذا نقده اليه ولو نقد الثمن الى الموكل اخذه وكذلك
الوكيل بالشرا هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع من البايع دون الموكل
فاذا استحق المبيع فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على البايع دون الموكل لانه هو الذي يقبض
المبيع من البايع ولو وجد بالمبيع عيبا فانه ينظر ان كان المبيع في يده بعد ولم يسلمه الى الموكل
فله ان يرده عليه بالعيب فلو كان سلمه الى الموكل فلا يرده الا برضا الموكل وكذلك هذا
الحكم في الاجارة والاستيجار ولو كان هذا وكيلا في المبادلة التي هي مال بغير مال كالنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والعتق على مال فان الوكيل في هذه العقود معتبر
وسفير وينصرف حقوق العقد الى الموكل دون الوكيل فان كان الوكيل بالنكاح
وكيل الزوج فلا يواخذ الوكيل بالمهر وانما يواخذ الزوج الا اذا ضمن فيواخذ بالضمان
لا بالعقد وكذلك لو كان الوكيل وكيل المراة ليس له قبض المهر وكذلك الوكيل بالكتابة
ليس اليه قبض بدل الكتابة وكذلك الوكيل بالخلع ان كان وكيل الزوج ليس اليه قبض
بدل الكتابة وان كان وكيل المراة فلا يواخذ ببدل الخلع الا اذا ضمن وكذلك الوكيل بالصلح
عن دم العمد فهو على هذا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** والضرب
الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار والضرب الثاني مبتدا من
اخواته العتق جملة وقعت خبر له اي من اخوات الضرب الثاني العتق على مال واراد بالضرب
الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله فيتعلق حقوق العقد بالموكل لا بالوكيل جعل الكتابة
من قبيل مبادلة ما ليس بمال بما هو مال لان بدل الكتابة بمقابلة فك الحجر وكذا جعل الصلح
على الانكار من هذا القبيل لان بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه **قوله**
فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد به الصلح عن اقرار جعله جاريا
مجرى البيع لانه مبادلة مال بمال فكان حكمه حكم البيع فتتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل
قوله والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا يعني اذا
وكل رجلا ليهب عبده من فلان او يتصدق عليه او يعيره او يودعه او يرهنه عنده
او يقرضه ففعل ما امر به صح لان الموكل وكل غيره بما يملكه بنفسه وكان الوكيل سفيرا
بحيث يتعلق حقوق العقد بموكله لا به فحق الرجوع في الهبة واسترداده الى يده
ولم يكن للوكيل ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن في يده لانه يضيف
العقد الى موكله ويقول وهبت لك موكلي او رهنته والتحقيق فيه ان هذه الاشيا

لايثبت الحكم فيها قبل القبض وانما ثبت بالقبض والقبض يقع على محل مملوك لغير الوكيل لان
الوكيل يضيف العقد الى غيره كما قلنا فاذا كان كذلك لم يمكن ان تجعل الوكيل اصلا في حق الحقوق
فكان سفيرا وهذا معنى قوله لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير
فلا يجعل اصلا والضمير في وانه يرجع الى القبض **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
يعني اذا كان الوكيل من جانب المستعير والمرتهن والموهوب له يكون الوكيل سفيرا
ايضا لا يتعلق حقوق العقد به بل يتعلق بالموكل لان الوكيل يضيف العقد الى موكله **قوله**
وكذا الشركة والمضاربة يعني ان الوكيل في هذين العقدين سفير ايضا لا يتعلق حقوق العقد
به بل يتعلق بالموكل لان الوكيل لا بد له من اضافة العقد الى موكله فكان سفيرا حتى لو اضاف
العقد الى نفسه لا يقع عن موكله **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل وهذا استثنا
من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس قال بعضهم في بيانه بطلان استقراض
الوكيل بان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف فيه ملك للغير فان الدراهم
التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت
هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك
الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض
اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل
يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان
اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل
عنه فافهم ففيه غنا عن طويل لا طايل تحته **قوله** قال واذا طالب الموكل بالبيع المشتري
فله ان يمنعه اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الموكل بالبيع اذا طالب المشتري بالثمن
فللمشتري منعه عنه لان الموكل اجنبي عن حقوق العقد لان الحقوق تتعلق بالعاقد
وهو الوكيل ولهذا اذا نهاه الوكيل صح ذلك فلو نهاه الموكل عن قبض الثمن لا يصح فاذا
كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا بامر الوكيل ولكن مع هذا لو دفع المشتري الثمن الى الموكل
جاز وبري المشتري من الثمن استحسانا وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي قبل هذا
وليس للوكيل ان يطالب ثانيا لان القبض وان كان حق الوكيل لكن نفس الثمن ملك
للموكل والوجه الثالث ان يشتري مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فينظر هل نوى وقت
الشرا او لا فان اشترى بنية الموكل فالشرا له وان اشترى بنية نفسه فالشرا للوكيل لان له
ان يعمل لنفسه اصالة ولغيره وكالة اذا كان المامور به غير معين فكانت نيته معتبرة لان الملك
ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل هذا اذا لم يوجد التكاذب اما اذا وجد فقال الموكل اشتريته
لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي يحكم النقد اتفاقا حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله
عادة وهذا هو المراد بقوله على ما ذكرنا والوجه الاخر اذا توافقا على انه لم تحضره النية
ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف يحكم النقد وقال محمد هو للوكيل لان
الاصل في عمل كل حر ان يقع له الا اذا اقام الدليل على خلافه ولم يقم لانه لم يضف الى دراهم
الآمر ولم ينو ذلك فوقع العقد للوكيل ووجه قول ابي يوسف ان شراه مطلق يحتمل الامرين
جميعا ووقوعه للموكل او للوكيل فكان الامر موقوفا الى ان يوجد النقد لانه يصلح معينا
كما في حالة التكاذب على ان فيه حمل حال الوكيل على الصلاح لانه لا يلزم ان يكون غاصبا دراهم

فلا فايدة

فلا فايدة في الاسترداد منه ثم الدفع اليه **قوله** ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة
هذا ايضاح لكون الثمن المقبوض حقا للموكل اعلم ان الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن
المشتري بالاقالة والابرا والمقاصة بما على الوكيل عندهما وقال ابو يوسف لا يملك
ذلك كذا في الفتاوى الصغرى وجه قوله انه تصرف في ملك الغير بلا رضاه ووجه قولهما
انه تصرف في حقوق العقد فصح ثم من ضرورة اسقاط الحقوق اسقاط الملك فصار كانه
اتلف ملك الموكل فوجب الضمان قال محمد في الاصل ولو كان البايع ابرا المشتري يعني
ان الوكيل ابراه من الثمن فهو جايز وهو له ضامن وكذلك لو وهبه له وكذلك لو اشترى
متاعا وكانت دنانير فاخذها منه دراهم او كانت دراهم فاخذ منه دنانير فهو ضامن
للثمن والذي اشترى هو له وكذلك لو صالحه عليه صلحا ولم يشتر وكذلك لو اخر عنه
الثمن الى اجل كان ضامنا للثمن وجاز التاخير ولو حط عنه كان ضامنا لما حط عنه وهذا
كله قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز شي مما صنع من هذا من هبة
وغيرها والمال على حاله على المشتري الى هنا لفظ محمد في الاصل في باب الوكالة
بالقيام على الدار وقال في الفتاوى الصغرى ثم في وقوع المقاصة ان كان دين
المشتري على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصا بدين الموكل لا يحتاج الى قضا اخر فقصرنا
المسافة ولان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع فعلى هذه الحيلة في موضعين
احدهما اذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه فيتوكل الداين على الغير في شرا عين من
زيد فاذا اشترى يقع المقاصة بين دين الوكيل على البايع وبين دين وجب للبايع على
الوكيل ثم الوكيل ياخذ الثمن من موكله والثاني ان يوكل رب الدين غيره بالشرا من
المديون فيقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب للبايع على الوكيل اصل هذه المسالة
استفدنا من الزيادات في باب من البيع وحكى الفقيه ابو الليث في وصايا النوازل
عن كتاب الماذون اذا باع الوكيل وللمشتري على الموكل دين مثل ذلك الثمن يصير
قصاصا ولو كان للمشتري دين على الوكيل ايضا يصير قصاصا بدين على الموكل دون
الدين الذي على الوكيل وحكى الناطفي عن مناسك الثلجي ان الوكيل بالبيع اذا باع من داينه
فللداين ان يجعل الثمن قصاصا بماله عليه في قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ويضمن الوكيل للموكل بمنزلة ابراء الوكيل المشتري عن الثمن وفي قول ابي يوسف لا
يصير قصاصا وفي نوادر ابن سماعة ان كان دين المشتري على الموكل فاراد ان يجعله
قصاصا ليس له ذلك لان الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن الى هنا لفظ الفتاوى
الصغرى وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه
يملك الابرا عنه يعني ان الوكيل يملك ابرا المشتري عن الثمن عندهما وهو ابرا بغير عوض
لان القبض حقه فيملك المقاصة ايضا لانه ابرا ايضا ولكنه بعوض فكان بالطريق الاولى
ان يملكه **قوله** ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين اي ولكن الوكيل يضمن الثمن للموكل
في فصل الابرا وفصل المقاصة بدين الوكيل والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرا

فصل في الشرا قدم باب الوكالة بالبيع والشرا على ساير الابواب لكثرة وقوع
البيع والشرا ومساس الحاجة الى الوكالة في ذلك ثم قدم فصل الشرا لان الشرا مثبت
لما هو الاصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع مزيل والثبوت قبل الزوال فكان الشرا اولى بالتقديم

قوله قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت واراد
بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثير من مختلفين بالنوع في جواب ما
هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو
وهو ما علق على شيء بعينه وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص
وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر قال الشيخ ابو نصر البغدادي هذا الذي
ذكره القدوري استحسان والقياس ان لا يجوز وان يمنع من جواز الوكالة ما يمنع من
جواز البيع ووجه القياس ان المبيع ينتقل الى الوكيل ومن جهته الى الموكل فصار الوكيل بمنزلة
البايع فكما لا يجوز ان يقع البيع مع الجهالة فكذلك لا يجوز التوكيل ووجه الاستحسان ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اعطى عروة البارقي دينارا وامره ان يشتري شاة فذكر الجنس وقدر الثمن
وسكت عن الصفة ولم يذكر الصفة فصار اصلا في ذلك ولان الثمن اذا علم صارت الصفة
معلومة واذا ذكر الصفة صار الثمن معلوما فاغنى ذكر احدهما عن الاخر واما اذا اطلق له الامر
ولم يخصه فقال اشتر ما رايت فانه يصح مع الجهالة فانه فوض الراي اليه فصح مع الجهالة
كالبضاعة والمضاربة وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول هذا المعنى على وجه اخر وهو
ان الوكالة الخاصة اذا كانت تجمع اجناسا مختلفة او ما هو في حكم الاجناس فان الوكالة لا
تجوز حتى يبين الصفة او الثمن كقوله اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على اجناس فلا بد
ان يذكر جنسا منها فان اشترى الوكيل شيئا منها كان مشتريا لنفسه وكذلك اذا قال
اشتر لي دارا لان الدار وان كانت جنسا واحدا الا انها قد صارت في حكم الاجناس لكثرة
تفاوتها فاما اذا كان الاسم يقع على جنس واحد جاز وان لم يذكر الصفة ولا الثمن كقوله
اشتر لي حمارا لان الصفة تصير معلومة بحال الموكل كذا في شرح الاقطع قال محمد بن الحسن
في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له جارية او عبدا فان هذا لا يجوز من قبل ان العبيد
والجواري مختلفون فان وكله ان يشتري له عبدا مولدا او حبشيا او سنديا او سمى جنسا
من الاجناس فان ذلك جايز وكذلك الجارية وان لم يسم جنسا من الاجناس وسمى الثمن
فان ذلك جايز ايضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سوا ثم قال في الاصل واذا وكله ان
يشتري له دابة فان ذلك لا يجوز وان سمى الثمن من قبل ان الدواب مختلفة واذا قال
له اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جايز عليه وكذلك لو قال اشتر لي بغلا فان اشترى له
شيئا لا يتغابن الناس في مثله لا يلزم الامر ولزم المشتري ثم قال في الاصل واذا امره
ان يشتري له ثوبا فان ذلك لا يلزم الامر وان سمى الثمن فان ذلك ايضا لا يجوز من قبل
ان الثياب مختلفة فان قال اشتر لي ثوبا يهوديا ولم يسم الثمن فهو جايز اذا اشتراه بما
يشتري مثله او زاد على ذلك مما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب
فان سمى له ثمنا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الامر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الامر
فان وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة باقل من ذلك الثمن جاز ذلك
على الامر ثم قال في الاصل واذا وكله ان يشتري له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم
الامر ولا يجوز عليه هذا كله لفظ محمد في الاصل وقالوا في شروح الجامع الصغير رجل امر
اخر ان يشتري جارية او ثوبا او دابة ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة

وان سمى ثمن الدار

وان سمى ثمن الدار وبين جنس الدابة والثوب جاز وقال قاضي خان في شرحه والاصل في
هذا ان الوكالة ضربان خاصة وعامة فان كانت عامة تصح من الجهالة الكثيرة كما لو قال
اشتر ما شيت او ما رايت لانه فوض الراي اليه فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة وان
كانت خاصة فان كانت الجهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة لانها لا تمنع الامتثال وقال بشر
المريسي تمنع وان كانت كثيرة تمنع لانها تمنع الامتثال والجهالة انواع ثلثة فاحشة وهي
ما كانت في الجنس تمنع الوكالة وان بين الثمن كما لو وكله بشراء ثوب او دابة لا يصح
ما لم يبين النوع لان الثوب اجناس مختلفة يقع على الكرباس والحرير والخز وغير ذلك
وبين الجنس والجنس تفاوت فاحش وبيان الثمن لا يزول الجهالة فانه قد يكون هرويا
يوخذ بعشرين وقد يكون ثوبا مرويا يوخذ بعشرين ايضا فلا يقدر على الامتثال فيحتاج
الى بيان الصفة والدابة اسم الاجناس مختلفة لانه اسم لما يدب على وجه الارض حقيقة
وفي عرف الناس يتناول البقر والغنم والحمار والابل فما لم يبين النوع لا يجوز وكذا اذا قال اشتر
لي مملوكا او حيوانا وبين الثمن لا يجوز لان الاسم يقع على انواع مختلفة فما لم يبين النوع لا يجوز وجهالة
يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء حمار او فرس او ثوب يهودي يصح
وان لم يبين الثمن لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية
وجعل جهالة النوع عفوا ولان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف
الوكالة الى ما يليق بحال الموكل حتى انه لو كان كناسا او فاليزيا فاشترى الوكيل حمارا مصريا
بالف لا يلزم الامر وكذا لو وكل واحد من العوام رجلا ان يشتري له فرسا فاشترى مركبا
يصلح للملوك لا يلزم الامر والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو وكله بشراء عبد او جارية
ان بين الثمن او الصفة بان قال تركيا او هنديا او روميا صحت الوكالة وان لم يبين الثمن
او الصفة لا تصح لان اختلاف العبيد والجواري اكثر من اختلاف ساير الانواع وعادة
الناس في ذلك مختلفة وكانت بين الجنس والنوع وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه
لانها مختلفة بقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الحقت
بجهالة الجنس والمتاخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف
باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين عدد
القفزان او الثمن لان اسم الحنطة يتناول القليل والكثير فما لم يبين المقدار او الثمن لا يجوز
قوله من تسمية جنسه وصفته والجنس كالعبد والجارية والصفة كالتركي والحبشي على
ما يجي بيانه في المتن قوله ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدابة والثوب قوله او ما هو في معنى
الاجناس كالدار قوله والمولد وهو ما كان من الرقيق مولودا في البيت لا مجلوبا قوله لما ذكرناه
اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قوله والسطة السطة مصدر قولهم وسطت
القوم سطة اي توسطتهم قال تعالى فوسطن به جمعا وهو بمعنى الوسط كالعدة والوعد والعظة
والوعظ قوله لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء وكانه اراد بالاطلس الارفع من الثياب
ومن الكساء الادون منها ولم يرد في اللغة هكذا قال صاحب الجمهرة الطلسة كدرة في غبرة
والذيب اطلس وكذلك لون كل شيء يشبهه يقال طلس يطلس طلسا وقال في تهذيب
ديوان الادب الاطلس على لون الذيب يقال ذيب اطلس والاطلس الخلق من الثياب
ولبعض الفضلا الانس مشتق من الانس والانس ان تنائى عن الانس ثيابهم ملس

ولكنها على ذباب منهم طلس قوله قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشترلي بها طعاما
فهو على الحنطة ودقيقها اي قال في الجامع الصغير في البيوع في اول باب الوكالة بالبيع
والشرا قال محمد في الاصل وان دفع اليه دراهم وقال اشترلي طعاما فاشترى له بها حنطة
جاز ذلك على الامر وان اشترى بها لحما او فاكهة لم يجز على الامر استحسن ذلك وان اشترى
بها دقيقا او خبزا فان ذلك يشترى بمثل تلك الدراهم فهو جايز على الامر وان كانت
دراهم كثيرة لم يشتر بها مثل ذلك لم يجز ذلك على الامر واذا لم يدفع اليه شيا وقال
اشترلي حنطة فاشترى له حنطة فانه لا يجوز على الامر من قبل انه لم يسم له كم يشتري
كذا في الاصل في باب الوكالة بالشرا والبيع الذي لا يجوز على صاحبه واراد بالدقيق والخبز
دقيق الحنطة وخبز الحنطة لان الوكيل بشرا الطعام اذا اشترى الشعير لا يجوز فكذا
اذا اشترى دقيقه وخبزه الا ترى الى ما نص محمد في الاصل في باب الوكالة في السلم بقوله
واذا وكل الرجل رجلا ان يسلم له دراهم في طعام فالطعام عندنا الحنطة استحسن ذلك فان
اسلم في شعير او تمر او في سمسم فهو جايز على الوكيل ولا يجوز على الامر الى هنا لفظ الاصل والقياس
ان يتناول كل طعام من الفاكهة واللحم وغير ذلك لان الطعام اسم لما يطعم وهو عام ولهذا
لو اوصى بالطعام يدخل فيه كل مطعوم ولهذا لو حلف ان لا ياكل طعاما كان عاما فيما يطعم
وهو ما يتاتى فيه المضغ والابتلاع فكذا وجه هذا وجه الاستحسان ان الطعام في
عرفهم يتناول الحنطة ودقيقها اذا ذكر مقرونا بالشرا ولهذا يسمى عندهم السوق التي يباع
فيها الحنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا لترك القياس به لان العرف
اقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص ولا عرف في اليمين والوصية
فبقي مطلق الطعام مرادا كما هو اصل الوضع قال في الفتاوى قال شيخ الاسلام خواهر
زاده ان كانت الدراهم كثيرة بحيث يشترى بها الحنطة لا الدقيق والخبز فاشترى
بها الوكيل خبزا او دقيقا لا يجوز على الموكل وان كانت وسطا يشترى بها الحنطة او الدقيق
فاشترى بها الوكيل الحنطة او الدقيق جاز ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وان كانت
قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف الا الخبز فانه يجوز اذا اشترى الخبز وذكر الصدر
الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشرا من بيوع الجامع الصغير قال الفقيه ابو جعفر
ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كانت بين ذلك فعلى
الدقيق وقال في الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد عرفهم اما في عرفنا فالطعام ما يمكن
اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف الوكالة الى ذلك دون الدقيق
والحنطة والخبز والفتوى على هذا وفي القدوري عن ابي يوسف اذا كان تخمه وليمة
فدفع اليه دراهم كثيرة فهو على الخبز واذا وكله بشرا اللحم بدرهم فاشترى المطبوخ او
المشوي منه لا يجوز على الامر الا اذا كان مسافرا نزل خانا ولحم الطير والوحش يجوز عليه
ان كان في بلد يباع في اسواقه منه فيشتري الناس وشرا الشاة الحية او المذبوحة
لا يجوز عليه وان سمي في الامر بعشرة دراهم الا ان تكون مسلوخة ولو امره بشرا البيض
فهو على بيض الدجاجة بخلاف اليمين على اكل البيض حيث يقع على بيض الطير هذا
كله من الفتاوى الصغرى كتبته تكثيرا للفوايد قوله ان العرف املك اي اقوى
من القياس قوله وهو على ما ذكرناه اي العرف واقع على الحنطة ودقيقها وقد

من البيان

من البيان قوله فبقي على الوضع وهو ان الطعام اسم لما يطعم قوله وقيل ان كثرت الدراهم الى اخره
وهذا قول الفقيه ابي جعفر الهندواني وقد مر قبل هذا قوله وان قلت فعلى الخبز لانه لا يدخر
عادة قوله قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان سلمه الى الموكل
لم يرده الا باذنه وذلك لان حقوق العقد راجعة الى الوكيل في باب البياعات والرد
بالعيب من حقوق العقد فيرده الوكيل ما دام في يده بخلاف ما اذا سلمه الى الموكل
حيث لا يرده الا باذنه لانه انقطع حق الوكيل بانتهاء الوكالة ولهذا قالوا اذا سلمه الى الموكل
لم يكن للشفيع ان يطالب الوكيل بالشفعة لانه خرج من الوكالة وانقطع حقه كذلك هذا
قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير الوكيل بالشرا اذا اشترى جارية ودفعها الى الامر ثم
علم بعيب فانه لا يردها الا برضا الامر فان لم يدفعها الى الامر فله ان يردها فان رضي
بالعيب او ابرا البايع عن العيب وقد امره الامر بردها صح رضاه وابراؤه في حقه
دون الامر حتى كان للامر ان ياخذ الجارية مع العيب وان شا تركها على المامور وضمنه
الثمن قالوا في شروح الجامع الكبير وهذه المسيلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على
ابي يوسف في مسيلة الوكيل بالبيع اذا ابرا المشتري على الثمن فلو لم يكن الابرا عن الثمن
صحيحا ثمه في حق الامر لم يصح الابرا عن العيب ههنا ايضا من المشايخ من قال تاويل
ما ذكر ههنا اذا ابرا الوكيل البايع عن العيب قبل القبض لان قبل القبض العيب لا حصة
له من الثمن بدليل ان البايع اذا صالح المشتري عن العيب على ثوب بعينه قبل القبض
لم يكن للثوب حصة العيب بل يصير كان البايع زاد في المبيع ثوبا حتى يقسم الثمن عليهما
على قدر قيمتها فاذا لم يكن للعيب حصة من الثمن لم يكن ابرا البايع عن العيب ابرا
عن شي من الثمن فيصح فاما بعد القبض لا يصح الابرا عند ابي يوسف لان للعيب بعد القبض
حصة من الثمن بدليل ان الصلح لو كان بعد القبض كان الثوب حصة العيب حتى لو
وجد به عيبا يرده بقدر نقصان العيب من الثمن فكان الابرا عن العيب ابرا عن بعض
الثمن فلا يصح عنده ومنهم من قال لا بل صح الابرا عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده
وفرقوا لابي يوسف بين ابرا الوكيل بالشرا عن العيب وبين ابرا الوكيل بالبيع عن الثمن
والفرق هو انه لا ضرر للامر في ابرا الوكيل بالشرا عن العيب فان للامر ان يتركها على
المامور اما في ابرا الوكيل بالبيع عن الثمن له ضرر لانه لو صح الابرا كان الثمن على الوكيل ويبرا
المشتري وربما يكون المشتري املا من الوكيل فافترقا من هذا الوجه فانه لم يختر
الامر شيا حتى هلكت في يد المامور فانها تهلك من مال الامر لان يده كيد المالك
في حق الملك ما لم يحدث منعا ويرجع الامر على المامور بنقصان العيب لان الامر
مشتر منه حكما وقد وجد بها عيبا وعجز عن ردها بموتها في يده حكما وكذا اذا لم تمت
لكنها اعورت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لان الاعورار عيب حدث
في يد الامر حكما كذا ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الكبير والباقي يعلم في شرح
الجامع الكبير قوله وهي كلها اليه اي الحقوق كلها الى الوكيل ولهذا كان خصما
لمن يدعي في المشتري اي ولاجل ان حقوق العقد كلها الى الوكيل كان الوكيل خصما
للمدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده قوله كالشفيع وغيره كالصبي المأذون بالشرا قوله

ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما ذكر في اول كتاب الوكالة بقوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره وعقد الصرف والسلم يجوز ان يباشره الموكل بنفسه فجاز توكيل غيره ولكن يرد على هذا اذا وكل المسلم اليه رجلا بقبول عقد السلم فانه لا يجوز مع ان مباشرة الموكل بنفسه تجوز فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره او نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري لان تمليك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في القواعد هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام قال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في الصرف واذا وكل الرجل رجلا ودفع اليه عشرة دنانير يصرفها بدراهم فهو جائز ولا يفسد ذلك غيبة رب الدنانير عن الصرف لانه لم يلزم العقدة انما ولي العقدة الوكيل واذا وكل الرجل رجلا يصرف له دراهم ووكل اخر رجلا بدنانير يصرفها فالتقى الوكيلان وتصارفا فهو جائز ولا يفسد ذلك غيبة الموكلين الى هنا لفظ الاصل وقال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في السلم واذا وكل الرجل رجلا ان يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الى رجل الى اجل واشترط ضربا من الحنطة معلوما واجلا معلوما وسمى المكان الذي يوفيه فيه وكيلا مسمى فهو جائز وللوكيل ان يقبض الطعام اذا حل وان كان الوكيل نقد الدراهم من عنده ولم يدفع اليه الذي وكله شيئا فهو جائز والطعام للذي وكله والدراهم دين للوكيل على الموكل فاذا قبض الوكيل الطعام فله ان يحبسه عنده حتى يقبض الدراهم من الموكل ويستوفيها الى هنا لفظ الاصل **قوله** ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بجواز التوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام يعني ان المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز وهذا لا يجوز لانه لو صح التوكيل يلزم ان يكون المبيع في ذمة الوكيل على ان يكون الثمن لغيره وهو الموكل وهو لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لم يجز فكذلك في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد في باب البيوع في السلم فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يأخذ له دراهم في طعام فاخذ الوكيل دراهم في طعام مسمى الى اجل مسمى ثم دفعها الى الذي وكله فالطعام على الوكيل وانما للوكيل على الذي وكله دراهم قرض الى هنا لفظ محمد رحمه الله والمعنى في بطلان التوكيل ما قلنا فاذا بطل التوكيل بقي الوكيل عاقدا لنفسه فملك راس المال فلما سلمه الى الموكل على وجه التمليك كان قرضا عليه **قوله** فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس وقبض البدل من حقوق العقد وهي تتعلق بالعاقد وهو الوكيل فاذا وجد القبض من الوكيلين في الصرف والسلم في المجلس صح العقد لوجود القبض المستحق فاذا حصل الافتراق قبل القبض بطل العقد لانتفاء الشرط وهو القبض في المجلس ولا يعتبر مفارقة الموكل قبل القبض لانه ليس بعاقد ولا ينتقض بقبض الوكيل قبض الرسول لان قبضه بعد مفارقة المرسل لا يعتبر لان

حقوق العقد لا تتعلق بالرسول فقبضه اذن لا يقع عن القبض المستحق فيقع الافتراق من غير قبض فيبطل العقد بيّن ذلك ان الرسالة بالعقد تتضمن الايجاب والقبول الذي هو العقد ولا يتضمن غير ذلك والقبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيصير قبض الرسول كقبض غيره فلا يقع عن القبض المستحق وهذا معنى قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض وهو الذي ذكره من بطلان العقد بمفارقة الوكيل قبل القبض فيما اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارفه بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل قبل القبض كذا ذكره الامام خواهرزاده **قوله** والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور يعني ان قبض الوكيل يصح وان كان هو ممن لا يلزمه العهدة كما اذا كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا لانه العاقد فيصح بخلاف الرسول حيث لا يعتبر قبضه لانه اجنبي عن العقد اذ هو ليس بعاقد **قوله** بخلاف الرسولين اي الرسول في الصرف والرسول في السلم وفي بعض نسخ الهداية بخلاف الرسول وهو مرتبط بقوله فيصح قبضه اي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح **قوله** قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل اي قال القدوري في مختصره وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ودفع الثمن من حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو الوكيل فاذا كان مطالبا بالدفع كان ماذونا من جهة الموكل فيرجع بما دفع على الموكل ولانه تثبت بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فصار الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل بالشراء لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل والدليل على المبادلة ان الوكيل والموكل اذا اختلفا في الثمن تحالفا والتحالف من خواص المبادلة ولهذا كان للموكل ان يرد المبيع على الوكيل بالشراء بالعيب وله ان يرجع بنقصان العيب اذا هلك عند الموكل وقد مر ذلك **قوله** فيرجع عليه اي يرجع الوكيل على الموكل **قوله** اليه اي الى الوكيل **قوله** بان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المبيع امانة في يد الوكيل لانه قبضه للموكل فليس على الامين شيء ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع **قوله** وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وهذا لفظ القدوري اي للوكيل حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن وقال زفر ليس للوكيل حق الحبس فاذا حبسه صار غاصبا عنده وذلك لان قبض الوكيل كقبض الموكل حكما لوقوع المبيع في يده كوقوعه في يد الموكل فيصير الوكيل كانه سلمه الى الموكل فاذا سلمه اليه حقيقة سقط حق الحبس فكذا اذا سلمه حكما ولان الوكيل امين الا ترى انه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للامين حق الحبس بعد الطلب كالمودع ولنا ان انتقال الملك الى الموكل من جهة الوكيل فصار الوكيل كالبائع من الموكل ثم للبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن فكذا للوكيل لانه كالبائع قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الثمن ثم قال حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان له ذلك لان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بعد النقد وقبله قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد في الاصل في باب

الوكالة في الشرا فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه
الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد من الوكيل وابى الوكيل الا ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه
ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سوا
الي هنا لفظ محمد في الاصل وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشرا اذا اشترى بالنسية
يحل عليه الثمن بموته لا يحل على الامر ونقله عن باب الوكالة بالشرا من وكالة الكافي **قوله**
هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس يعني لا يجعل قبض الوكيل كقبض
الموكل في اسقاط الحبس لان قبض الوكيل لا يمكن الاحتراز عنه لانه لا يتوسل الي حقه في الحبس
الا بالقبض فلم يجعل الوكيل بمجرد القبض راضيا بسقوط حقه لان سقوطه باعتبار الرضا ولم يوجد
الرضا لانه كالمجا في القبض لما قلنا وطريق اخر هنا فيه جواب زفر ان الامر متردد في القبض
بين ان يقع للوكيل او للموكل فان لم يحبسه الوكيل عن الموكل بعد القبض وقع القبض للموكل وان
حبسه وقع للوكيل لا للموكل فلم يعتبر الموكل قابضا بقبض وكيله لانه تبين بعد الحبس ان قبضه
ما كان لاجل موكله بل كان عاملا في القبض لاجل نفسه فاذا وقع للوكيل لم يوجد التسليم منه الي
الموكل فلم يسقط الحبس لانه لم يكن بعد التسليم الي الموكل وهذا معنى قوله على ان قبضه
موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه **قوله** فان حبسه فهلك كان
مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا لفظ القدوري في
مختصره ولم يذكر قول ابي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك وقال
الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة مثل قول محمد رحمه الله اعلم ان المضمونات
انواع منها الرهن وهو المضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والمبيع في يد البايع وهو
مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن قل الثمن او كثر والمغصوب وهو مضمون بالمثل
ان كان مثليا او بالقيمة ان كان قيميا بالغة ما بلغت والمشترى اذا حبسه الوكيل لاستيفا
الثمن فهلك ففيه خلاف فقال ابو يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن
كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وقال ابو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع
يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لان من مذهبه ان ليس له حق الحبس
فصار بالحبس غاصبا ولنا ان الوكيل كالبايع من الموكل لان الملك انتقل اليه من جهته ثم
الوكيل قد عين حق الموكل في المشترى حيث اشتراه له فوجب على الموكل ايضا ان
يعين حق الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفا الثمن بحق فلم يكن غاصبا
ثم قال ابو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفا بالثمن سقط والا يرجع
بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبايع
وجه قول ابي يوسف انه ليس ببايع حقيقة الا انه يحبس المشترى بدين
على الموكل وهو الثمن وهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين قال صاحب
الهداية في تعليل ابي يوسف مضمون بالحبس بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا
فكان كالرهن وليس المبيع كذلك لان المبيع مضمون بالثمن ابتدا الا بواسطة الحبس
فلم يكن كهلاك المبيع لان المبيع ينفسخ ثمة بخلاف ما نحن فيه فاجاب عنه صاحب
الهداية وقال ينفسخ هنا ايضا بين الوكيل والموكل كما اذا رده على الوكيل بالعيب ورضي
هو بذلك فانه يصير للوكيل وهذه مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك

المبيع

المبيع قبل القبض في يد البايع وبين هلاكه في يد الوكيل بالشرا بعد حبسه عن الموكل لاستيفا الثمن
ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل
على انفساخه اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ثم ثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند ابي يوسف يرجع
الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة ويظهر فايدة ضمان الغصب في هذا عكس وهو
ان يكون قيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة فعند زفر يرجع
الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا يتفاوت الحال بين ان يكون الثمن
كثيرا او قليلا لانه يسقط بهلاك المبيع لا يجب شي اصلا **قوله** واذا وكله بشرا عشرة
ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول
ابي حنيفة اي ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري ثم قال صاحب الهداية
ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل وهذا لان محمدا قال في الاصل في اخر باب الوكالة في الشرا
واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال لحم بدرهم لزم الامر منها عشرة بنصف درهم وكان للمامور عشرة ارطال
بنصف درهم الي هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام وكل
عروة البارقي ليشتري له اضحية فاشترى شاتين فاجاز النبي عليه السلام ذلك ولانه امر الوكيل بصرف
الدرهم في اللحم على ظن ان سعر اللحم عشرة بدرهم فاذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الامر كمن وكل رجلا
ببيع عبده بالف فباعه بالفين جاز فكذا هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقصود في باب البيع
المبيع فكان مقصود الموكل في صرف الدرهم الي عشرة ارطال من اللحم تحصيل ذلك القدر منه فيلزمه ذلك
القدر لانه المامور به دون الزيادة لانه ما امر بها ولانها زيادة متحققة ابتاعها لغيره بغير امره ولا ولاية
له عليه فلم يلزمه كما اذا اشتراها ابتدا ولا يلزم علينا الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف رطل حيث
يلزم الجميع الامر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة والجواب عما قاس ابو يوسف
ان الزيادة ثمة عوض ملك الامر فلا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال البيع
تولى هذا على ان ثمنه لك لا يصح فلما لم يستحقه الوكيل اصلا كان الزيادة للامر بخلاف ما لو امره بشراء
عشرة ارطال بدرهم فاشترى ذلك وزيادة متحققة على ذلك لا يلزم الزيادة الامر لان الزيادة ليست
عوض ملك الامر لا محالة لان الزيادة مشتراة بثمن على ملك الامر ويجوز ان يشترى بمال غيره لنفسه الا ترى
انه لو قال اشتر لنفسك عبدا بدراهمي جاز بخلاف ما اذا اشترى عشرين رطلا من اللحم من لحم يباع عشرون
رطلا منه بدرهم حيث يلزم الجميع على المامور وهو الوكيل بالاتفاق لانه خالف لان الموكل امره بشرا السمين لا المهزول
وهذا مهزول وقال في شرح الاقطع ان امره ان يشتري عبدا بماية فاشترى بها عبدين يساوى كل واحد منهما
ماية عن ابي حنيفة انه لا يلزم الامر واحد منهما ونقله عن المنتقى وذكر في التتمة وقال اذا امره ان يشتري له ثوبا
هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل واحد منهما يساوى عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما
لاني ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ونقله عن المنتقى **قوله** ولو
الي الخبر او الي جنس غير الذي سماه الموكل واذا وكل غيره بالشرا لنفسه يصير مشتريا لنفسه والمعنى
في وقوع الشرا للوكيل لانه خالف امر الامر فنفذ الشرا على نفس الموكل واذا صرح بالشرا لنفسه فقد عزل
نفسه ولكن عزله نفسه انما يصح اذا كان بعلم من الموكل فاما في غيبته فلا وهذا بخلاف الموكل بنكاح امراة

بعينها اذا تزوجها لنفسه بنفسه بعمع والفرق بين الوكيل بنكاح امراة بعينها وبين الوكيل بشرا
شي بعينه ما قال محمد في اول باب الوكالة في النكاح ان الوكيل هو المشتري فقد يكون مشتريا
لنفسه ومشتريا لغيره واذا زوج الوكيل امراة لم يكن الوكيل هو المتزوج واذا تزوج الوكيل
لنفسه لم يجز ان يقول انه زوج فلانا وانما تزوج هو **قوله** فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف
جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرابه فاشترى الثاني وهو
غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه ذكر هذه الوجوه الثلاثة تفريعا على مسيلة
القدوري يعني انما لا يكون المشتري للوكيل بالشرا فيما وكل بشرا شي بعينه اذا لم يوجد احد
هذه الوجوه الثلاثة اما اذا وجد فالشرا للوكيل الا اذا كان الاول حاضرا حال شرا الوكيل الثاني
فحينيذ يكون الشرا للموكل لانه لم يوجد المخالفة من الوكيل الاول حيث حضر رايه قال في
الفتاوى الصغرى في مسايل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق اذا وكل بالطلاق
او العتاق فطلق الاجنبي او اعتق فاجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب عبارته في اول
وكالة العيون وفي مسايل شتى من النوازل وكذا لو وكل الوكيل رجلا فطلق الثاني لا يقع وان
كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل
الثاني بحضرة الاول او فعل اجنبي ذلك فبلغ الوكيل فاجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب
الفتاوى الصغرى والفرق ان الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برايه فاذا كان الوكيل
الثاني فعل المامور به بحضرة الوكيل الاول وجد راي الاول وكذا اذا فعل اجنبي فاجازه الوكيل
ثم حقيقة الوكالة انما تتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة
ولا تتحقق فيما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل
كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول وعتاقه لان الثاني لم ينقل كلام
الموكل الاول فلم يقع نقلا لكلام للموكل والموكل انما وكل بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني
وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله اعلم **قوله** حضر رايه اي الوكيل الاول **قوله** فلم يكن مخالفا
اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا للموكل **قوله** قال فان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا
ان يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال الموكل اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
هذه المسيلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال
الموكل دون النقد يعني ان المراد من قول القدوري او يشتريه بمال الموكل هو الاضافة وقت الشرا الى
دراهم الموكل لا الدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فان نقد من دراهم الموكل يقع
الشرا للموكل وان نقد من دراهم الوكيل يقع الشرا للوكيل وهذا معنى قوله لان فيه تفصيلا اي لان في نقد
الدراهم بعد الشرا مطلقا تفصيلا وهو هذا الذي ذكرناه وفيه خلاف ايضا لانهما اذا توافقا على انه
لم يحضره النية فيقع الشرا لمن وقع النقد من دراهمه وكيلا كان او موكلا عند ابي يوسف وعند محمد للوكيل
سواء كان النقد من دراهمه او لا وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره بالاتفاق ولفظه مطلق غير مقيد
عن قيد الاضافة الى دراهم الامر وقت الشراء وعن عدم الاضافة فيحمل المطلق على هذا المقيد وهو ما اذا
اضافه وقت الشرا الى دراهم الامر بدلالة الاجماع لانه لا خلاف في صورة الاضافة وقت الشرا الى دراهم
الامر ان الشرا يقع للموكل في صورة الاضافة الى دراهمه حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا لانه لو
وقع الشرا للوكيل مع اضافة الشرا الى دراهم الموكل يلزم ان يكون الوكيل غاصبا لدراهم الموكل
والغصب حرام لا يليق بحال المسلم وحملا لحال الوكيل على ما جرى في عادات المسلمين لان العادة
ان يقع ان يضيف الوكيل العقد الى دراهم نفسه فيقع العقد له لانه يستنكر عادة ان يقع الشرا للموكل مع اضافة
الشرا الى دراهم الوكيل والوجه الثالث ان يشتري مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فينظر هل نوى وقت الشرا
او لا فان اشترى بنية الموكل فالشرا له وان اشترى بنية نفسه فالشرا للوكيل لان له ان يعمل لنفسه اصالة او
لغيره وكالة لان المامور به غير معين فكانت نيته معتبرة لان الملك ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل هذا

ان يتبع النفس لصاحب الدراهم وان اضيف العقد الى دراهم معينة والوجه الثالث لم يجي

اذالم

اذا لم يوجد التكاذب اما اذا وجد فقال الموكل اشتريته لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي يحكم النقد اتفاقا حملا
لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة وهذا هو المراد بقوله على ما ذكرنا والوجه الاخر اذا توافقا على انه
لم يحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف يحكم النقد وقال محمد هو للوكيل لان الاصل في عمل كل
الغير فان قلت كيف قلتم اذا اضاف العقد الى دراهم الامر يقع الشرا له وان اضافه الوكيل الى
دراهم نفسه يقع الشرا له والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ عندنا فكانت
الاضافة وعدم الاضافة سوا قلت لا نسلم انها لا تتعين بل تتعين في الوكالات وبه صرح صاحب
الهداية في اواخر هذا الفصل في تعليل قول ابي حنيفة وسيجي تمام البيان ثمه ان شاء
الله تعالى ولهذا اذا هلكت في يد الوكيل بطلت الوكالة او نقول لا نريد بتعينها تعلق
الشرا بعينها على وجه هي تكون مستحقة لا محالة بل نريد تقيد الوكالة بها فاذا تقيدت
الوكالة بها حتى اذا هلكت قبل الشرا بطلت الوكالة صلحت الاضافة الى احدهما معينة
لوقوع العقد منه **قوله** لان فيه تفصيلا وخلافا اي في النقد بعد الشرا مطلقا اراد بالتفصيل فيه حمل حال
صورة التكاذب والتوافق ففي التكاذب يحكم النقد اتفاقا وفي التوافق على عدم النية يحكم
النقد عند ابي يوسف وعند محمد هو للوكيل وقد مر بيانه انفا **قوله** وهذا بالاجماع اي الذي
ذكره القدوري اراد به وقوع الشرا للموكل بالاتفاق اذا اشترى بمال الموكل وقد مر بيانه
قوله وهو مطلق اي الذي ذكره القدوري مطلق لا تفصيل فيه **قوله** حملا لحاله على ما يحل
له شرعا دليل قوله ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر **قوله** او يفعله عادة عطف
على قوله يحل له شرعا وهو دليل قوله ان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه **قوله** اذ
الشرا لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا هذا تعليل لقوله على ما
يحل له شرعا **قوله** في هذا التوكيل اي في التوكيل بشرا عبد بغير عينه واحترز به عن التوكيل
بشرا عبد بعينه لانه ليس للوكيل ثمه ان يشتريه لنفسه الا في الصور الثلث مر بيانها
على ما ذكرنا اشارة الى قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا **قوله** يحتمل الوجهين اراد
بهما وقوع الشرا للوكيل **قوله** يحتمل النية للامر يعني يحتمل انه نواه ثم نسيه **قوله** حمل
حاله على الصلاح وهو ان لا يجعل الوكيل غاصبا دراهم الموكل **قوله** والتوكيل بالاسلام في
الطعام على هذه الوجوه اي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشرا فان اضاف الوكيل
بالسلم العقد الى دراهم الامر كان السلم له وان اضاف الى دراهم نفسه كان له وان عقد مطلقا
من غير اضافة الى دراهم احد فان نوى السلم للموكل كان له وان نوى لنفسه وان تكاذبا
يحكم النقد وان توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد وقال ابو يوسف
يحكم النقد فمن دراهم ايهما نقد فالعقد له ثم اعلم ان الاصل ان يذكر مسيلة الوكيل بالسلم ولا ثم
يتورك والوكيل بالشرا على هذه الوجوه لان محمدا رضي الله عنه ذكر في الاصل مسيلة الوكيل بالسلم
ولم يذكر الوكيل بالشرا الا ان صاحب الهداية لما كان ملتزما للجمع بين مسايل الجامع الصغير ومختصر
القدوري شرع في بيان مسيلة القدوري فلما فرغ عن ذلك ذكر ما ذكره محمد ايضا بسبيل
الاختصار حيث قال على هذه الوجوه فلما لم يذكر محمد مسيلة الوكيل بالشرا في شي بغير عينه
اذا عقد ولم يحضره نية اختلف المشايخ فيه قال بعضهم الخلاف فيه كالخلاف في الوكيل
بالسلم واليه ذهب القدوري وتبعه صاحب الهداية ومنهم من قال الجواب فيه عندهما
كجواب محمد في السلم وفرق لابي يوسف بين السلم والشرا فقال للنقد في باب السلم تاثير
في تنفيذ العقد فصلح معينا كالاضافة بخلاف الشرا **قوله** قال ومن امر رجلا بشرا عبد
بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر
اي قال محمد في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله

الا لانه الاصل في عمل كل احد ان يقع له
الا اذا اقام الدليل على خلافه
ولم تقم لانه لم يضف الى
دراهم الامر ولم ينوه كيف
فوقع العقد للوكيل وجه
قول ابي يوسف ان شراه
مطلق يحتمل الامرين جميعا
وقوعه للموكل وللوكيل فكان
موقوفا الى ان يوجد
النقد لانه يصلح معينا كما في
حالة التكاذب على ان
فيه حمل حال الوكيل على الصلاح
لانه لا يلزم ان يكون غاصبا
دراهم صح

عنه في الرجل يامر الرجل ان يشتري له عبدا بالف درهم فجا المامور فقال قد اشتريت لك
عبدا بالف درهم وقبضته فمات وقال الامر اشتريت عبدا بالف وقبضته ومات عندك
وانما اشتريته لنفسك قال القول قول الامر الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وهي من الخواص وهذه المسيلة على اوجه اما ان يكون الوكيل مامورا بشرا العبد بعينه
او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او لم يكن وكل وجه على
وجهين اما ان يكون العبد قايما او هالكا فان كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال
الوكيل اشتريت وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهي مسيلة الكتاب لان غرضه الرجوع
بالثمن على الامر وهو ينكر فكان القول قوله مع اليمين وهذا لان الوكيل لا يملك استينافه العقد
لكون المعقود خارجا عن المحلية لكونه ميتا فكان غرضه الرجوع بالثمن وان كان الثمن منقودا
قبل قول الوكيل لان الامر يدعي الرجوع بالثمن على الوكيل وهو يريد الخروج على عهدة الامانة
فكان القول قوله وان كان العبد حيا والثمن منقودا فاختلفا فقال المامور اشتريته لك
وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول المامور لانه اخبر عما يملك انشاه للحال وان لم يكن
الثمن منقودا ففيه خلاف عرف في المختلف قال ابو حنيفة القول للامر وقال ابو يوسف
ومحمد القول للمامور ايضا لانه امين اخبر عما يملك انشاه لانه يملك الشرا للحال فالقول قول
الامين فصار كما اذا كان الثمن منقودا ولابي حنيفة ان الوكالة لا تتناول مواضع التهم وهذا
موضع التهمة فلا يقبل قول الوكيل بيانه انه ربما اشتراه لنفسه وقد وجد به عيبا او لم
يعجبه فلما لم يوافقه اراد ان يلزمه الامر لخسارة الصفقة ومثله متعارف بين
الوكلاء فلا يقبل قوله لهذه التهمة ولا نسلم انه يملك استيناف العقد مع هذه التهمة بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيصدق قوله باعتبار
الثمن فيثبت حكم البيع ايضا تبعا لذلك وان كان العبد بعينه قبل قول الوكيل سوا كان الثمن
منقودا او غير منقود اذا كان العبد قايما لانه اخبر عما يملك انشاه للحال فلا يصح تكذيبه
ولا تهمة فيه ايضا لان الوكيل لا يملك ان يشتريه لنفسه وان كان العبد هالكا فالقول
قول المامور ايضا اذا كان الثمن منقودا لانه يدعي الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي
امره فكان القول قوله وان لم يكن الثمن منقودا فالقول قول الامر لانه اخبر عما لا يملك
استينافه لان العبد هالك فكان غرضه الرجوع بالثمن على الموكل فلا بد من اقامة الحجة
قوله لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه يعني فيما اذا كان العبد حيا وهو مامور
بشرايه بعينه فان قلت الاصل في الدلايل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة رضي
الله عنه لان الاب اذا اقر على الصغير او الصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج او
الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه مع ان المقر
يملك استينافه العقد قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال
حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لانه لم يملك الانشا
بلا شهود وهذا هو الجواب الشافي وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استينافه وقع
على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل
ابي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده **قوله** في حال غيبته اي غيبة الموكل قيد به لانه
اذا كان حاضرا وصرح الوكيل بالشرا لنفسه يقع الشرا للموكل وان كان مامورا بشرا شي بعينه

لانه خالف

لانه خالف فانعزل بمخالفته له حال حضرته **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله
بشرا شي بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه **قوله** على ما ذكرنا لابي حنيفة اشارة الى دليل ابي حنيفة
قبل خطوط وهو قوله لانه موضع تهمة **قوله** ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان
يكون فلان امره فان فلانا ياخذه وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل قال لرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره
بذلك ثم جا فلان فقال انا امرته قال ياخذه فلان فان قال فلان لم امره وقد كان اشتراه
لفلان لم يكن لفلان الا ان يسلمه له المشتري فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي
اخذه من المشتري وكانت العهدة عليه وهذا كله من الخواص فمعنى قوله بعني هذا العبد لفلان
اي لاجل فلان يعني ان فلانا امرني ان اشتري هذا العبد لاجله فباعه صاحب العبد ثم انكر
المقر امر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلان امرني بل اشتريته لنفسي ينعقد البيع في الحال
لا منازعة في الحال فاذا جا فلان بعد ذلك وقال كنت امرته بالشرا فله ان ياخذ العبد
من المشتري لان قول المشتري بعني لفلان اقرار منه بالوكالة واقراره على نفسه صحيح
فرجوعه بعد ذلك لا يصح ويقع الشرا للموكل وان قال فلان لم امره بذلك لم يكن له على
العبد سبيل وان قال بعد ذلك امرته لان اقرار المقر ارتد برد المقر له فاذا عاد الى
تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلا يصح تصديقه ولزم الشرا المشتري
الا اذا سلم المشتري العبد الى فلان بعد قوله لم امره فيكون ذلك بيعا مبتدا بسبيل التعاطي
وصار كمن اشترى شيا لغيره بغير امره لزم المشتري فان طلب المشترى له فسلمه
المشتري اليه واخذه كان ذلك بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع
الصغير وثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطا فقد ينعقد بالتسليم على جهة
البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطا لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس
في بيع التعاطي سوا **قوله** وكانت العهدة عليه يعني لما انعقد بينهما بيع التعاطي كانت العهدة
للاخذ على المشتري كذا فسر فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضي خان وهو المفهوم من
كلام محمد رحمه الله وقوله الا ان يسلمه المشتري له استثنا من قوله لم يكن له والمشتري
بكسر الرا وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الا ان يسلم المشتري
العبد الى المشترى له **قوله** وهو المعتبر في الباب اي التراضي هو المعتبر في باب البيع
فلما وجد التراضي انعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس خلافا لما يقوله الكرخي ان
بيع التعاطي لا ينعقد الا في الاشيا الخسيسة وقد مر ذلك في اول كتاب البيوع
قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز
اي قال في الجامع الصغير وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى
احدهما قال جايز وان امره ان يشتريهما بالف درهم فاشترى احدهما بخمسماية او اقل
وقيمتهما سوا فهو جايز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر الا ان يشتري الاخر ببقية الالف قبل ان
يختصما وقال ابو يوسف ومحمد اذا اشترى احدهما باكثر من خمسماية بما يتغابن فيه الناس
وقد بقي ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جايز وهذه من خواص الجامع الصغير اعلم ان المامور
بشرا عبدين باعيانهما اذا لم يكن الثمن مسمى اذا اشترى احدهما بمثل قيمته او باقل من قيمته

اوباكثر من قيمته بما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل لانه قد يتفق الجمع بينهما وقد لا يتفق فجعل توكيلا بشرا
كل واحد منهما ثم الشرا باكثر من قيمته بما يتغابن الناس فيه جايز على الموكل لان الاحتراز عما يتغابن
الناس فيه متعذر فكان داخلا تحت الوكالة بخلاف ما لا يتغابن الناس فيه فان الشرا به لا ينفذ
على الموكل وهذا بالاتفاق بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع بغبن فاحش جاز عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وسيجي ذلك في الفصل الثالث وان امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سوا فاشترى
احدهما بخمسماية او باقل جاز على الموكل بالاجماع وان اشتراه باكثر من خمسماية لم يلزم الامر الا ان يشتري
الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما قلت الزيادة على الخمسماية او كثرت وقال ابو يوسف
ومحمد اذا اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما
يشترى بمثله الباقي جاز على الموكل قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير
احتمل ان المسيلة لا اختلاف فيها لان اباحنيفة رضي الله عنه انما قال لم تجز شراؤه على الامر
اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد قالا في الذي يتغابن الناس في
مثله انه يلزم الامر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسيلة اختلاف واحتمل في المسيلة
اختلاف في قول ابي حنيفة رضي الله عنه اذا زاد على خمسماية قليلا او كثيرا لا يجوز على الامر
وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث وجه قولهما ان
التوكيل حصل مطلقا من غير تقييد بخمسماية والمطلق ينصرف الى المتعارف وبالزيادة
على خمسماية بغبن يسير لا يخرج عن المتعارف فلم يكن الوكيل مخالفا فجاز شراه على الموكل الا ترى
انه بقي من الالف ما يمكن به شرا العبد الباقي فلان يحصل به غرض الامر وهو تحصيل العبدين
بالف فلا يكون مخالفا ولهذا اذا اشترى العبد الباقي ببقية الالف قبل ان يرده الامر
جاز على الامر بالاتفاق فكذا هذا بخلاف الغبن الفاحش فانه خارج عن المتعارف فلم يدخل تحت
الوكالة ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان مطلق مقابلة الالف بالعبدين حال استوايهما
في القيمة دلالة انقسام الالف عليهما على السوا فكان امرا بشرا كل واحد منهما بخمسماية دلالة
فلو صرح بشرا كل واحد منهما بخمسماية لم تجز الشرا بالزيادة قلت او كثرت فكذا فيما نحن فيه
لان الثابت دلالة كالثابت تصريحا فعلى هذا القياس لا يجوز الشرا على الامر اذا اشترى العبد
الباقي ببقية الالف لانه مخالف الا انا استحسنا وقلنا ينفذ الكل على الامر اذا اشترى العبد
الباقي ببقية الالف لان الصريح احق بالعمل من الدلالة وهذا لان الموكل صرح ان غرضه حصول
العبدين بالف وانقسام الالف على العبدين ثبت دلالة فاذا اشتراهما جميعا جا وان الصريح
فبطلت الدلالة قوله الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثنا من قوله جاز لانه لوكيل
احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز من الوكيل بغبن فاحش عند ابي حنيفة وسيجي ذلك
غرضه اي غرض الامر قوله وهو تحصيل العبدين الضمير راجع الى غرضه قوله والصحيح
يفوقهما اي يفوق الدلالة وبيانه اندرج فيما بينا قوله وهو فيما قلنا اي المتعارف
فيما يتغابن الناس فيه قوله قال ومن له على اخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا
العبد فاشتراه جاز اي قال في الجامع الصغير وصورة المسيلة فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كان له على رجل الف درهم فامره الذي له المال ان يشتري
له بها هذا العبد فاشتراه قال جايز وان امره ان يشتري له بها عبدا بغير عينه فاشتراه
فان قبضه الامر فهو له وان مات في المشتري قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري

والالف

والالف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جايز لازم للامر في الوجهين جميعا اذا قبضه المامور
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير وكذلك اذا قال اسلم ما لي عليك
الى فلان في كذا صح بالاجماع ولو قال الى من شيت فعلى الاختلاف وقال في المختلف وكذلك الصرف
فالحاصل انه اذا امر غريمه ان يشتري له بما عليه شيئا فان عين المبيع او البايع جاز والا فلا وقال
ابو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات
وفسوخها عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف في كتاب الصرف فكما لا
يتعينان اذا كانتا عينا لا يتعينان اذا كانتا دينا ولهذا اذا اشترى شيئا بدين له على البايع ثم
تصادقا على ان لا دين له لا يبطل الشرا ووجب مثل ذلك الدين فاذا لم يتعين دراهم الدين صار
التقييد والاطلاق سوا فاذا اطلق الشرا بدراهم مطلقة جاز على الموكل فاذا قيد بدراهم الدين فصار
كما اذا عين البايع او المبيع الا ترى انه لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين جاز ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان هذا توكيل بالباطل والتوكيل بالباطل باطل وهذا لانه توكيل بتمليك الدين من
غير من عليه الدين وهو البايع فلا يجوز لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه الدين
لانه في قبضه وانما قلنا انه توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين لان الدراهم والدنانير يتعينان
في الوكالة ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير ان الدراهم اذا عينت في التوكيل بالشرا ثم هلكت
عند الوكيل بطلت الوكالة الا ترى ان الناطفي نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل بالشرا اذا قبض
الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام
للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال الناطفي هذه المسيلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان
في الوكالة وهذا بخلاف ما اذا عين البايع او عين المبيع حتى يتعين البايع بتعيينه حيث يصح التوكيل
لان البايع يصير نايبا عنه بالقبض لان تعيين البايع يكون اذنا من الموكل بالقبض ثم يقع الشرا
بعده فلا يودي الى تمليك الدين من غير من عليه الدين لان قبض النايب كقبض الموكل
بخلاف الامر بالتصدق لان اخراج المال الى الله تعالى وهو معلوم وليس كذلك اذا لم يكن
البايع معينا لانه انابة شخص مجهول لا يتحقق بقبض الدين واذا لم يصح التوكيل يقع الشرا للوكيل
فاذا هلك في يده هلك عليه فان دفعه الى الامر وقبله الامر فهو له لانه يقع البيع بينهما
ابتدا بسبيل التعاطي لانه دفعه على جهة التمليك وبيع التعاطي جايز عندنا فيما عز من
الاموال وخس ثم اعلم ان الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة
قبل القبض والتسليم نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشي يكون على غير
ما امر نعلم بذلك ان ما قاله صاحب الهداية في الفصل الثاني من كتاب الشركة بقوله
بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض
فيه نظر من بيانه في كتاب الشركة اما في الوكالة فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم وفي تعينها
بعد التسليم اختلاف المشايخ ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وتقدم ذلك ايضا وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في باب من الايمان مما يوجب الرجل نفسه
اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير انهما عند الاشارة اليهما هل يتعينان في العقود ام لا
قال ابو طاهر الدباس انهما لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابي حازم وهو قول اكثر مشايخ
بلخ ونسبه الشيخ ابو سهل الشرغي الى عامة المشايخ وقال الكرخي اذا اشار اليها تعينت
ولكن مع هذا للمشتري ان يمنعها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينها وبين غيرها وقسر

مطلب في تعين الدراهم وعدمه

الشيخ ابو المعين قول الكرخي بانهما يتعينان في العقود جوازا لا وجوبا وقال علا الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلاثة الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها وان عينت حتى لا يطالب المشتري باداء تلك الدراهم وله ان يمسكها ويسلم غيرها ولا ينفسخ البيع بهلاكها قبل القبض وقال زفر والشافعي يتعينان حتى يجب على المشتري تسليمها عينا وينفسخ البيع بهلاكها كما في جانب المبيع ثم قال العالم فيها وعن اصحابنا روايتان في ان الدراهم والدنانير هل يتعينان في العقود الفاسدة والمختار عدم التعين الى هنا لفظ العالم رحمه الله ثم اعلم ان عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير فانهما يتعينان جنسا وقدرا ووصفا بالاتفاق وبه صرح الامام العتابي في شرح الجامع واستدل عامة المشايخ بمسيلة الجامع وهي ما اذا قال ان بعتك عبدي هذا بهذه الالف وهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما لزمه التصدق بالكر دون الدراهم لان البيع سبب لملك الكر لانه يتعين وليس بسبب لملك هذه الالف لانها لا تتعين واستدل الكرخي بهذه المسيلة ايضا فقال لولا ان العقد تناولهما لما وجب التصدق بالكر الا ان التصدق بالالف لم يجب لان حالة لزوم التصدق حالة وجوب النذر وهو يوجد حكما عند الفراغ عن البيع وكما فرغ عن البيع صار الكر ملكا له لانعدام الخيار لمملكه فصادفه النذر فوجب التصدق به فاما الالف وان كان متعينا ولكن كان للمشتري الخيار ان شا سلم عينها وان شا لم يسلم فكان له عند وجوب النذر خيار في حق الالف فلم يزل عن ملك المشتري وان شا تناوله العقد فصار النذر وقت وجوبه مضافا اليه ولا ملك فيه للناذر فلم يجب التصدق **قوله** ولو عين البايع يجوز على ما نذكر اشارة الى ما ذكره بقوله بعد عشرة خطوط بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض **قوله** الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك او اسقط الدين بطلت الوكالة قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشرا بطلت الوكالة فاقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فتقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فقال بالاستهلاك تبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم **قوله** وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين له على غير المشتري اي تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولهذا لم يجز توكيل المديون بان يشتري للمديون بما عليه عبدا من آخر كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امر زيد مثلا ان يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه وهو ما اذا امر الوكيل ان يشتري بدين على الوكيل عبدا بغير عينه **قوله** او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض وهذا عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين يعني لما تعينت الدراهم والدنانير في الوكالات كان توكيل المديون بان يبتاع بما عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين او كان ذلك امرا من الموكل للوكيل بان يدفع الوكيل ما لا يملكه الموكل بلا قبض قبض الدين وذلك باطل لان الدين لا يتملكه صاحب الدين قبل القبض لانه وصف ثابت في ذمة المديون فاذا كان لا يملكه قبل القبض كان امرا وتوكيلا عما لا يملكه فكان باطلا وهذا لان المديون تقضي بامثالها

متمه اعط مالي ع بشئ

لا باعيانها لان اعيانها اوصاف في الذمة لا يمكن تمليكها والدراهم التي جعلت قضا للديون شرعا كانت ملكا للمديون فتملكها رب الدين بالقبض لا قبله فقبل القبض كان التوكيل بدفعه باطلا لان الموكل لا يملكه كما اذا قال اعط مالي عليك من الدين من شيئت او القه في البحر كان باطلا بخلاف ما اذا قال اعط مالي عندك من العين من شيئت او القه في البحر كان التوكيل صحيحا لان الموكل يملكه والمراد من صرف ما لا يملكه دفعه لا عقد الصرف **قوله** ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمس مائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور قال صاحب الهداية ومراده اذا كانت تساوي الفا وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له بها جارية فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسماية وقال المامور اشتريتها اشتريتها بالف درهم قال القول قول المامور وان كان الامر قال اشتر لي جارية بالف درهم ولم يدفع اليه شيئا فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسماية وقال المامور بل اشتريتها بالف قال القول قول الامر ويلزم الجارية المشتري ولا تلزم الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اعلم انه اذا دفع الالف الى رجل وقال له اشتر لي بها جارية فاشترى جارية فاختلفا فقال الامر اشتريتها بخمسماية وقال المامور اشتريتها بالف فينظر ان كانت الجارية تساوي الفا فالقول قول المامور كما قال محمد في الجامع الصغير لانه وافق امر الامر وقد ادعى الامر عليه ضمان خمس ماية والمامور ينكر فكان القول قوله فان كانت تساوي خمسماية فالقول للامر ويلزم الجارية المامور لانه خالف الامر لان الامر يتناول جارية تساوي بالف لا بخمسماية سوا اشتراها بالف او بخمسماية معا ان في شراها بالف اذا كانت قيمتها خمسماية غبنا فاحشا والوكيل بالشرا لا يملك ذلك هذا اذا كان الثمن منقودا الى الوكيل فان لم يكن منقودا فاختلفا فالقول قول الامر ويلزم الجارية المامور سوا كانت تساوي الفا او خمس ماية فان كانت تساوي خمسماية فاشتراها بالف فلانه اشتراها بغبن فاحش وان اشتراها بخمسماية فلانه خالف الامر وان كانت تساوي الفا فالقول قول الامر ايضا قالوا في شروح الجامع الصغير يتحالفان فيه ويلزم الجارية المشتري فانه اطلق في الكتاب في هذا الفصل وقال القول قول الامر ولم يفصل بينها اذا كانت قيمتها الفا او اقل وكان ينبغي ان يكون القول قول المامور اذا كانت تساوي الفا لانه اذا اشتراها بالف فقد وافق الامر وان اشتراها بخمسماية فالوكيل بالشرا بالف اذا اشترى بخمسماية يلزم الامر ومع هذا قال يلزم المامور وانما كان هكذا لان الوكيل بالشرا مع الموكل ينزل منزلة البايع مع المشتري لان الوكيل في حق الحقوق مشتر لنفسه ثم بايع من موكله والاختلاف في الثمن بين البايع والمشتري يوجب التحالف فكذا هنا واذا تحالفا فسخ البيع الذي جرى بين الامر والمامور فلزمت الجارية المامور كذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان وغيرهما في شروح الجامع الصغير **قوله** وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر في الوجهين جميعا وهما ما اذا كان قيمة الجارية الفا وخمسماية **قوله** يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي العقد الذي جرى بين الوكيل والموكل تقديرا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل **قوله** قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمسماية وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور

مع يمينه وهذه من الخواص يعني أن البايع وهو مولى العبد صدق المامور وهو الوكيل بانه
اشتراه بالف قال الفقيه ابو جعفر الهندواني هذه المسيلة فارقت المسيلة المتقدمة
حيث اوجب التحالف ثمه والزم الجارية المامور وههنا لم يوجب التحالف والزمها
الامر لان البايع ههنا حاضر وقد صدق المامور فبطل الاختلاف قال الشيخ ابو منصور
الماتريدي يجب التحالف هنا ايضا وجواب الكتاب يحتمله لانه ذكر يمين الوكيل
وهو البايع من الموكل ولا يمين على البايع لانه مدع الا في صورة التحالف فلما ثبت يمين
المشتري وهو الموكل بطريق الاولى لانه منكر فعلى المنكر اليمين بكل حال هذا هو
الصحيح لان تصديق البايع لغو لا معتبر به لانه ان كان استوفى الثمن كان بمنزلة الاجنبي
عن الوكيل والموكل جميعا لانه لا شغل له معهما وان لم يستوف الثمن فهو اجنبي عن الموكل
لانه لا شغل بينهما لانه لم يقع العقد بينهما فلا يصدق على الموكل فاذا لم يعتبر تصديق
البايع بقي الخلاف بين البايع وهو الوكيل وبين المشتري وهو الموكل فوجب التحالف ولم
يذكر الامام فخر الدين قاضي خان قول ابي منصور وكانه جعل قول ابي جعفر اصح قوله قيل
لا تحالف وهو قول ابي جعفر قد مر بيانه قوله فاعتبر الاختلاف اي في المسيلة الاولى
قوله وقيل يتحالفان وهو قول الشيخ ابي منصور قوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين
البايع اي ذكر محمد رحمه الله يمين البايع وهو الوكيل لانه بايع تقديرا من موكله وانما جعله معظم
يمين التحالف لان يمين البايع مخصوص بصورة التحالف وليس المشتري كذلك لانه يجب
عليه اليمين بكل حال لكونه منكرا فلا يصدق عليه اي لا يصدق البايع على الموكل والله
اعلم فصل في التوكيل بشرا نفس العبد ذكر هذا الفصل عقيب فصل الشرا
لانهما يتناسبان صورة من حيث الشرا ولكن لما كان شرا العبد نفسه من مولاه اعتاقا معنى
ذكره في فصل على حدة قوله قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف
ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولا للمولى
اي قال محمد في الجامع الصغير وصورة المسيلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله
عنه في العبد المحجور عليه يامر الرجل ان يشتري نفسه له من مولاه بالف درهم فيدفعها
اليه فيشتريه الرجل قال ان كان الرجل قال للمولى اني اشتريته لنفسه فبين ذلك فباعه
مولاه على هذا فالعبد حر والولاء للمولى لانه هو اشترى نفسه من المولى وان كان لم يبين
للمولى انه يشتريه لنفسه فهو عبد للمشتري وتكون الالف للبايع وعلى المشتري الف درهم
مثلها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال محمد في الاصل واذا وكل العبد رجلا ان يشتري
له نفسه من مولاه او يساله له العتق على مال ففعل ذلك الوكيل والمولى فالعتق جايز والمال
على العبد ولا شي منه على الوكيل لانه لم يضمنه الى هنا لفظ محمد في باب وكالة العتاق من
الاصل ورايت في بعض شروح الكافي لبعض مشايخنا انه قال هذا خلاف ما ذكر في الجامع
الكبير فانه ذكر ثمه انه ان اشترى نفسه من مولاه يطالب بالثمن الوكيل ولو ساله العتق
له من مولاه بمال ففعل المولى فالمال يكون على العبد لانه اذا كان بلفظ الشرا امكن ان يجعل
كالمشتري لنفسه في حق الحقوق فصار كما لو اشترى نفسه لغيره حتى لو تعذر بان كان
العبد مدبرا يكون الثمن على العبد ثم قال والصحيح ما ذكره ههنا لان بيع العبد من نفس العبد
اعتاق وقبول ذلك قبول الاعتاق وفي الاعتاق وقبوله الوكيل سفير محض الى هنا لفظ

محمد رحمه الله وكانه جعل في المسيلة روايتين وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير
ليس في المسيلة روايتان ولكن ما ذكر ههنا يعني في الجامع وفي باب وكالة العبد الماذون من
الاصل جواب الاستحسان وما ذكر في باب الوكالة بالعتق من الاصل جواب القياس وكان
عيسى بن ابان ياخذ بالقياس ويطعن على ما ذكر محمد في الجامع وجه القياس وهو وجه
الطعن انا جعلنا ان التوكيل من جانب المولى ببيع نفس العبد من العبد اعتبر توكيلا
بالاعتاق على مال حتى جاز وان كان الى اجل مجهول وكان قبض الالف الى المولى لا الى
الوكيل فكذا التوكيل بالشرا من جانب العبد يجب ان يجعل توكيلا بالاعتاق ايضا فصار
كان العبد وكل هذا الرجل ان يسال المولى ان يعتقه على الف الى العطا فاعتق جاز وكان
على العبد الف لا قيمته وكان قبض الالف الى المولى كما اذا كان مدبرا وكما اذا اشترى
العبد نفسه بنفسه ووجه الاستحسان وهو ما ذكر في الجامع ان الوكيل من جانب العبد
يصير مشتريا لنفسه اولا ثم بايعا من العبد نفس العبد في ضمنه فيطالب الوكيل لاجل
هذا بخلاف الوكيل من جانب المولى لانه وكيل ببيع العبد من نفسه فلا يمكن ان يجعل
بايعا لنفسه اولا وبخلاف المدبر لانه لا يمكن ان يجعل مشتريا لنفسه اولا ثم بايعا من
المدبر لان شرا المدبر لا يصح فيكون توكيلا بقبول الاعتاق وبخلاف ما اذا اشترى
العبد نفسه بنفسه لان ذلك قبول الاعتاق مجازا لان العمل بحقيقة البيع متعذر
لان البيع مما يفيد الملك للمشتري والمشتري وهذا العبد لا يملك نفسه لانه مملوك
لمولاه حالة البيع والشخص الواحد في حالة واحدة لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه ومملوكا
لغيره فصار بيع نفس العبد من العبد مجازا عن الاعتاق بطريق الاسقاط حتى لا يلزم
الغاء كلام العاقل وهذا لان البيع للازالة والنقل وفي الاعتاق ازالة فاريد الاعتاق
مجازا ثم في مسيلة الجامع الصغير شرط بيان الوكيل فقال ان بين انه يشتريه لنفس
العبد فهو حر والولاء للمولى فان لم يبين فهو عبد للمشتري والالف المدفوع للمولى
لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخر ثمن العبد ولم يشترط البيان فيما اذا
كان الموكل بشرا العبد غير العبد فانه لذا بين او لم يبين يقع الشرا للامر في الحالين
والفرق ما بين المسيلتين ان الموكل اذا كان هو العبد فبين الوكيل انه اشتراه لنفس
العبد يقع البيع اعتاقا معقبا للولاء واذا لم يبين وقع الشرا للوكيل عملا بحقيقة لفظ
البيع وهي المعاوضة ولا يثبت الاعتاق وكان بين الشراين تفاوت فلم يكن بد من
البيان لانه ربما يرضى البايع باحد الامرين دون الاخر بخلاف ما اذا كان الموكل
غير العبد حيث يقع العقد شرا على كل حال لا اعتاقا بين الوكيل او لم يبين فلا تفاوت اذن
بين الشراين لانه يكون العهدة للبايع على الوكيل على كل حال فلا حاجة الى البيان ثم اذا
اشترى الوكيل العبد لنفس العبد هل يلزم العبد الف اخرى ام لا لم يذكره محمد رحمه الله قالوا
في شروح الجامع الصغير ينبغي ان يلزمه لان الالف المدفوع كان مال المولى
دفعها اليه اي دفع العبد الالف الى الرجل الذي وكله قوله لان اللفظ حقيقة
للمعاوضة لان المولى قال بعت هذا العبد بالف وقال الوكيل اشتريت قوله
وامكن العمل بها اي بالمعاوضة قوله فيحافظ عليها اي على المعاوضة قوله بخلاف شرا
العبد نفسه يرتبط بقوله فيحافظ عليها يعني لا يحافظ على المعاوضة فيما اذا اشترى

العقد نفسه بنفسه وان كان اللفظ للمعاوضة لان العمل بحقيقة المعاوضة متعذر لما مر بيانه
انفا فتعين المجاز وهو الاعتاق قوله نفسه بالجر كذا السماع على انه بدل من العبد ويجوز
النصب على انه مفعول به   لان المجاز فيه متعين اي في شرا العبد نفسه وهو
كون الشرا مستعارا للاعتاق   واذا كان معاوضة يتصل بقوله لان اللفظ حقيقة
للمعاوضة قوله يثبت الملك له اي للمشتري   فانه في ذمته اي فان الثمن في
ذمة المشتري   حيث لم يصح الادا لان الوكيل ادى ذلك الالف الى المولى
من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا   على نمط واحد النمط النوع كذا في
ديوان الادب   ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان
بكذا ففعل فهو للآمر وهذه من مسايل الجامع الصغير ذكرها محمد في البيوع وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول لعبد الرجل اشتر لي نفسك من مولاك فيقول نعم
فياتي مولاه فيقول بعني نفسي من فلان بكذا وكذا فهو جايز وهو للذي امره وان قال بعني
نفسي ولم يقل لفلان فهو حر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير واصله ان العبد يصلح
ان يكون وكيلا عن غيره في شرا نفسه لان البيع يرد عليه باعتبار ماليته لا آدميته وهو
اجنبي عن مالية نفسه فكان توكيله وتوكيل اجنبي اخر سوا الا ان بين كون العبد وكيلا وبين
كون الاجنبي وكيلا فرقا وهو ان الوكيل اذا كان اجنبيا لا يشترط اضافة العقد الى الموكل لانه ان
اطلق العقد يقع للموكل ايضا كما اذا اضافه اليه واذا كان الوكيل بشرا العبد نفس العبد يشترط اضافة
العقد الى الموكل حتى يقع له فان لم يضفه اليه بل اطلقه يكون اعتاقا والفرق ان الوكيل مامور
بالشرا اذ تصرف الاجنبي بالوكالة يقع شرا على حال اشتراه لنفسه او لغيره فبعد ما قبل الوكالة جعل
ما يصلح لنفسه لموكله فصار الاضافة اليه والاطلاق سوا فلم يكن مخالفا للامر اما تصرف العبد
فليس كذلك لانه ان اضاف العقد الى نفسه كان اعتاقا وذلك لا يصلح للامتثال وان
اضاف العقد الى موكله كان بيعا وان اطلق احتمل ان يكون اعتاقا او بيعا فلا يحصل الامتثال
بالشك فلا جرم اشترطت الاضافة الى الموكل حتى يكون امتثالا وان بين العبد لمولاه انه
يشتري نفسه لموكله فالعبد للامر والثمن في رقبة العبد يرجع بها على الامر اما العبد للامر
فلان المولى رضي بزوال ملكه من غيره لا يرث به منه واما الثمن في رقبة العبد
فلانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد فان قيل العبد المحجور اذا اشترى لغيره
لا يلزمه الحقوق قلنا نعم اذا اشترى بغير اذن المولى وهنا اشترى باذنه فيلزمه الحقوق
واما رجوعه على الامر فلان الوكيل بالشرا اذا لزمه الثمن كان له ان يرجع بذلك على الامر فان
وجد الامر بالعبد عيبا علم العبد به لم يرده لانه كان وكيلا بالشرا والوكيل بالشرا متى اشترى
شيا به عيب وقد علم به وقت الشرا لا يكون له الرد لانه صار راضيا بذلك وان كانت في
موضع لا يعلم به العبد رده به والذي يلي الخصومة في الرد هو العبد لانه لم يرض به
فكان له الرد من غير استطلاع راي الموكل لان المشتري وهو العبد في يد الوكيل والوكيل
بالشرا يرده بعيب لم يرض به من غير استطلاع راي الموكل ما دام المشتري في يده
ثم لو اراد البايع حبس العبد حتى ياخذ الثمن ليس له ذلك لانه باع شيا هو في يد المشتري
والمشتري حاضر في مجلس الشرا فلا يكون للبايع حق الحبس لانه بنفس البيع يصير مخليا
بين المبيع وبين المشتري فيصير قابضا كالمودع اذا اشترى الوديعة والوديعة حاضرة

في مجلس

في مجلس البيع فاراد صاحب الوديعة ان يحبسها لم يكن له ذلك فان قيل ان كان العبد في يد نفسه
من حيث الحقيقة فهو في يد المولى من حيث الحكم قيل له نعم لكن مراعاة يد العبد اولى لان يده حقيقة
ويد البايع قبل البيع كان حكمية فكان مراعاة اليد الحقيقية وانها اقرب الى العبد اولى بالاعتبار
كما في الوديعة كذا قال الشيخ الامام ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في باب الوكالة في البيوع
ما يضمن وما لا يضمن والباقي يعلم ثمه **قوله** الا ان ماليته في يده استثنا من قوله اجنبي
عن ماليته وكانه قال جوابا لسوال بان يقال لما كان اجنبيا عنها كان للبايع حبس العبد لاجل
الثمن فقال ليس له ذلك لان ماليته في يد العبد وهو مشتر وقد مر البيان **قوله**
وان عقد لنفسه فهو حر لان بيع العبد من نفسه اعتاق مجازا وقد رضي به المولى دون
المعاوضة فلا يقع العقد للامر لانه لو وقع له يصير المولى مغرورا لان المولى لا يرضى بان يخرج من
ملكه بغير ثبوت الولا فلا يجوز ان يزول ملكه بغير رضاه لان الله سبحانه وتعالى اجاز التجارة
بالتراضي   والعبد وان كان وكيلا بشرا شي معين ولكنه اتى بجنس تصرف اخر وفي مثله ينفذ
على الوكيل هذا جواب سوال مقدر بان يقال الوكيل بشرا شي بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بل
يقع الشرا للامر وقد مر ذلك قبل هذا الفصل فكان ينبغي على هذا ان يقع الشرا للامر لان الموكل به
معين وهو نفس العبد فقال نعم كذلك الا ان الوكيل بالشرا اذا اتى بجنس تصرف اخر نفذ
الشرا على الوكيل وقد اتى بتصرف اخر غير الذي سماه الموكل لان شرا العبد نفسه لنفسه
قبول الاعتاق لا قبول البيع وقد مر بيانه قبل هذه المسيلة **فصل** في البيع ذكر فصل
البيع بعد فصل الشرا لان الازالة تقتضي سابقة الاثبات **قوله** قال والوكيل بالبيع والشرا
لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز
بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه اي قال القدوري في مختصره يعني لا يجوز للوكيل
ان يعقد عقد البيع او الشرا مع ابيه وجده ومع من لا يقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته
وعبده ومكاتبه ومدبره وام ولده عند ابي حنيفة وقالا في المختلف الوكيل بالبيع او الشرا اذا
باع او اشترى مع من لا يقبل شهادته له بولادة او زوجية لا يجوز وقالا يجوز ثم قال والسلم
والصرف والاجارة على هذا الخلاف قال محمد بن الحسن في الاصل في باب الوكالة بالقيام
على الدار ولو باع الوكيل من نفسه او من ابن له صغير في عياله لم يجز وكذلك الاجارة ولو
باع الوكيل شيا من ذلك من ابن له كبير او من امراته او ابيه او امه او عبده او امته او مكاتبه
فهو جايز الا من عبده او امته فانه لا يجوز لانه قال ما باعه من شي فهو جايز ولو لم يقل ذلك
لم يجز ذلك في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الاجارة الى هنا لفظ الاصل وقال
في شرح الكافي في هذا الباب ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه او من ابن له صغير لم يجز
وكذلك الاجارة لان البيع منه بيع من نفسه وانه لا يملك ذلك ولو باعه من ابن له كبير او من
امراته او من ابويه او من مملوكه او مكاتبه وقد اجاز له في الوكالة ما باع به من شي فهو جايز
الا من مملوكه اذا لم يكن عليه دين لانه بيع من نفسه وانما جوز البيع من هولا لانه فوض اليه
ذلك ولو لم يقل ذلك لم يجز البيع في قياس قول ابي حنيفة وكذلك الاجارة لانه يمكنه التهمة
فيه والوكالة امانة فيجب تنزيهها عن الخيانة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
لا يجوز شرا الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا امره الموكل ان يبيعه من نفسه او
يشتري من نفسه لم يجز ايضا وكذلك لو باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز وكذلك لو باعه

من عبده او من مكاتبه لم يجز بالاجماع وان باعه من ابويه وان علوا او باعه من اولاده وان سفلوا وان باعه من زوجته او الزوجة اذا باعته من زوجها او باعه ممن لا يجوز شهادته له لا يجوز بيعه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ولو امر الوكيل بالبيع من هولا واجاز له ما صنع فبيعه من هولا جايز بالاجماع الا ان بيعه من نفسه او ولده الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز وكذلك حكم الوكيل بالشرا اذا اشترى من هولا الي هنا لفظ شرح الطحاوي وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له لا يصح في قول ابي حنيفة الا اذا زاد على ثمن المثل وعندهما يجوز وجه قولهما ان الاملاك متباينة وهذا ظاهر الا ترى ان للابن ان يطا جارية نفسه فلو لم يكن الملك متباينا لم يكن له ذلك كان وطي الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له ان يطا جارية ابيه فلما تباين الملك بين الوكيل وبين هولا كان عقده معهم بيعا وشرا كالعقد مع الاجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل في من المبيع اصلا فكان العقد صحيحا بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليه لانه وما في يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا اذا باع من عبده وكذلك اذا باع من مكاتبه لان الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما اذا باع من ابنه الصغير لانه بيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك ووجه قول ابي حنيفة ان الوكالة امانة فيجب تنزيهها عن الخيانة وما يحصله الانسان لهولا بمنزلة ما يحصله لنفسه الا ترى انه لا يجوز شهادة بعضهم لبعض فصار عقد الوكيل مع هولا كالعقد مع نفسه فلا يجوز نعم ان الاملاك متباينة ولكن منافع الاملاك متصلة حيث ينتفع بعضهم بمال بعض عادة فاذا تمكن في العقد تهمة الايثار والنفع للوكيل لم يصح حتى تزول التهمة بالزيادة على ثمن المثل كالوصي اذا باع من نفسه وقال في تتمة الفتاوى بيع الوكيل ممن لا يقبل شهادته له باقل من قيمته لا يجوز عند ابي حنيفة وباكثر من قيمته يجوز وبمثل القيمة في رواية البيوع والوكالة لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز انما الخلاف في البيع بغبن يسير ذكره في وكالة شمس الايمة السرخسي رحمه الله وبيع المضارب وشراوه ممن لا يقبل شهادته له بسبب القرابة او الزوجية بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله كما في الوكيل الخاص وبيعه منه باكثر من القيمة وشراوه منه باقل يجوز اجماعا وبيعه وشراوه بمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة باتفاق الروايات وابو حنيفة فرق بين الوكيل الخاص والمضارب على رواية الوكالة والبيوع وبيع المفاوض ممن لا يقبل شهادته ياتي في شركة هذا الكتاب انه ينفذ وفيه كلام فمن اصحابنا من قال يجب ان يكون الجواب في الوكيل الخاص عند ابي حنيفة نظير الجواب في المضارب ومنهم من فرق بين الوكيل والمضارب الي هنا لفظ التتمة ووجه الفرق ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه ولهذا لا يجوز نهيه بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة من هولا لانه ايثار في العين دون المالية وفي العين هو كالمتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن فانه ايثار له في شي من المالية وهو في ذلك نايب محض اما الوكيل فنايب في العين والمالية جميعا فلهذا لم يجز بيعه من هولا بمثل القيمة الا ان يكون الموكل قد اجاز له في الوكالة بان قال بع ممن شيت فما باع به من شي يجوز بيعه فمن هولا ح **قوله** وينقلب حقيقة بالعجز اي ينقلب حق المولي في كسب المكاتب الي حقيقة

الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة لان المولي يملك ح جميع ما في يده **قوله** قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير وهذه من مسايل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره قوله والعرض ولا قوله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير قال محمد في الاصل فان باعه بثمن يسير فان ابا حنيفة رحمه الله قال هو جايز وان باعه بدرهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز البيع الا ان يحط من ثمنه ما يتغابن الناس في مثله فان حط اكثر من ذلك لم يجز وان باعه بنسيئة او نقد فهو جايز وان باعه بدنانير او بدراهم او بعروض او بشي مما يكال او يوزن فهو جايز وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز الا ان يبيعه بدنانير او بدراهم لانهما الاثمان التي تقع عليها بيوع الناس الي هنا لفظ محمد في الاصل في اول باب الوكالة في البيع وقال في الاسرار روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كقولهما كذا في المختلف وشرح الاقطع وجه قولهما ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا والمطلق ينصرف الي المتعارف والمتعارف هو البيع بثمن المثل وبالنقود لا بالغبن الفاحش ولا بالعروض فيتقيد التوكيل بالمتعارف فاذا اتى بغير ذلك لم يجز وانما قلنا ان المطلق ينصرف الي المتعارف بدلالة الاحكام منها انه لو امره بشرا الفحم في الشتا وبشرا الجمد في الصيف يتقيد بزمان الشتا والصيف بدلالة العرف وكذا لو امره بشرا الاضحية يتقيد بايام النحر من تلك السنة ومنها انه اذا اشترى بدراهم مطلقة ينصرف الي النقد المعتاد في البلد لانه المتعارف ومنها انه اذا وكل بشرا شي لم يجز انه يشتريه باكثر من قيمته لانه ليس متعارف ومنها لو حلف لا يشتري راسا فاشترى راس عصفور لا يحنث لانه لا يتبادر اليه الوهم في العرف وينصرف ذلك الي راس الغنم خاصة عند ابي حنيفة والي راس البقر ايضا عندهما وكل ما اجاب على عرف زمانه وانما قلنا ان المتعارف هو البيع بثمن المثل لان البايع يمتنع عادة ان يبيع باقل من القيمة لانه يتضرر به كما يمتنع المشتري عن الشرا باكثر من القيمة فكان المتعارف اذن البيع بمثل القيمة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه فلم يتناوله مطلق التوكيل بالبيع بيانه انه اذا باع شيا يساوي عشرة بخمسة كان بقدر الخمسة تمليك مال بمال فكان بيعا وفيما فوق ذلك تمليك مال بغير عوض وكان هبة ولهذا لا يجوز للاب والوصي بيع مال الصبي بغبن فاحش لوقوعه تبرعا ولو كان بيعا من كل وجه لجاز منهما لانهما يملكان بيع مال الصبي لا التبرع به ولهذا يعتبر بيع المريض مرض الموت ماله من الثلث اذا باعه بغبن فاحش وانما قلنا ان المتعارف هو البيع بالنقود لان البيع بالعرض مقايضة وهي بيع من وجه شرا من وجه فلا يدخل تحت مطلق التوكيل بالبيع ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا بلا قيد بثمن دون ثمن وقد اتى الوكيل بما وكل به فجاز وانما قلنا ان التوكيل وقع مطلقا لانه قال بع هذا العين والمطلق يجري على اطلاقه الا اذا منع منه مانع ولا امر صاحب الشريعة وانما قلنا ان الوكيل اتى بما وكل به لانه امر بمطلق البيع والبيع مطلقا هو بيع من كل وجه والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه بدلالة الحقيقة والعرف والحكم فيكون الوكيل اتيا بما امر به فيجوز بيعه اما الحقيقة فلان البيع تمليك مال بمال والبيع بغبن فاحش كذلك واما العرف فان الناس يقولون

هذا بيع رابح وذاك بيع خاسر وذلك بيع عدل فلولا ان البيع بغبن فاحش بيعا لم يصح اطلاق البيع
عليه واما الحكم فان من حلف ان لا يبيع فباع بغبن فاحش حنث في يمينه فلولا انه بيع من
كل وجه لم يحنث ولا نسلم ان البيع بالغبن الفاحش او بالعرض ليس بمتعارف بل ذلك
متعارف عند اشتداد الحاجة الى تحصيل الثمن وعند التبرم من المبيع واطلاق لفظ الموكل واقام
الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة على انا نقول قولكم ان المتعارف هو
البيع بثمن المثل وبالنقود ايش تعنون به ان قلتم نعني العرف القولي وهو ان يتعارف
الناس اطلاق اللفظ عليه دون غيره فلا نسلم انه ثابت هاهنا وان قلتم نعني العرف العملي
وهو ان يطلقوا اللفظ على هذا وعلى ذاك ولكنهم فعلوا هذا دون غيره فلا نسلم تقييد المطلق
بالعرف العملي بدلالة الحكم فان من حلف لا ياكل لحما فاكل لحم آدمي او لحم خنزير حنث وان ٧
وجدت العادة على الامتناع عن اكله لانه لما سمي لحما في العرف القولي لم يتقيد اليمين
بالعرف العملي ولم يمتنع الحنث والجواب عما تعلقوا من الاحكام فنقول نقل في التتمة
والفتاوى الصغرى عن باب الوكالة بالسلم ان تقييد التوكيل بشرا الاضحية والجمد والفحم
مروي عن ابي يوسف اما عند ابي حنيفة يعتبر الاطلاق يعني لا يتقيد بزمان الاضحية والصيف
والشتا وهذا معنى قوله في المتن والمسايل ممنوعة على قول ابي حنيفة ولئن سلمنا ان
التوكيل يتقيد فنقول انما تقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شرا الفحم
دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتا والغرض من شرا الجمد دفع ضرر الحر وذلك
يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين
وغيرهم او تربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد كذا قال الامام علا الدين العالم في طريقة
الخلاف وكذلك التوكيل بالاضحية تقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروج
عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة واما الوكيل بالشرا انما لم يجز له
الشرا بغبن فاحش على احدى الروايتين عن ابي حنيفة للتهمة لانه من الجايز ان يشتريه
لنفسه ثم لما راى فيه الخسران الحقه بالآمر حتى لو انتفت التهمة بان كان وكيلا بشرا
شي بعينه جاز شراؤه على الآمر عند ابي حنيفة ايضا لعدم التهمة اما اذا حلف لا يشتري
راسا لا يقع على راس العصفور لان الناس لا يطلقون اسم الراس عليه على الاطلاق بل يقولون
راس العصفور فتقيدت اليمين بالعرف القولي وايضا الغرض من اليمين المنع او الحمل
وهذا انما يتحقق في امر معتاد لا في غير معتاد وشرا راس العصفور غير معتاد فلم يتناوله اليمين
وهذا هو الجواب عن تقييد اليمين براس الغنم عند ابي حنيفة وبراس البقر ايضا عندهما لان
ما هو المعتاد اريد على اختلاف المذهبين بدلالة الغرض واما الاب والوصي فانما لم
يملكا بيع مال الصبي بغبن فاحش وان كان ذلك بيعا من كل وجه لانه يعرى عن نفع الصبي
وهما لا يملكان التصرف في مال الصبي الا على الوجه الذي له فيه نظر واما المريض فانما
اعتبر بيعه بغبن فاحش من الثلث لانه تعرض لحق الورثة بالابطال ولهذا لو باع
بغبن يسير يعتبر من الثلث ايضا اما هاهنا فلا امر بخلافه **قوله** بزمان الحاجة
اي من هذه السنة **قوله** وكذا المقايضه هي بيع العرض بالعرض سمي بها لان كل واحد من
العوضين مثل للاخر يقال هما قيضان اي مثلان **قوله** والمسايل ممنوعة على قول ابي
حنيفة رحمه الله اراد بها مسايل شرا الفحم والجمد والاضحية وقد مر البيان **قوله** والمقايضه

شرا من كل وجه وبيع من كل وجه بيع من كل وجه اذ كل واحد من العوضين يصلح ان يكون مبيعا وثمنا
جواب من قولهما وكذا المقايضه بيع من وجه شرا من وجه فلا يتناوله مطلق اسم المبيع فقال لا نسلم
انها كذلك بل هي شرا من كل وجه وبيع من كل وجه اذ كل واحد من العوضين يصلح ان يكون مبيعا
وثمنا ويفترق احد الامرين من الاخر بدخول حرف البا الذي يصحب الاثمان التي هي اتباع فعلى
ايهما دخل البا يجعل ثمنا والاخر مبيعا فاذا كان بيع المقايضة بيعا من كل وجه تناوله مطلق
التوكيل بالبيع اذ الوكيل باع العرض الذي كان وكيلا ببيعه بالعرض الذي في يد العاقد معه حيث
قال بعت هذا بذاك ولم يقل اشتريت ذاك بهذا الذي في يدي لانه يجري على وفاق امر الموكل
وقد امره بالبيع لا بالشرا فحصل البيع فيما وكل به من كل وجه فتناوله التوكيل بالبيع مطلقا وقال
في تتمة الفتاوى الوكيل بالبيع المطلق اذا باع بثمن موجل قيل على قول ابي حنيفة رحمه الله يجوز وان
طالت المدة وعندهما يجوز باجل متعارف في تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن ابي يوسف
ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله ان يبيعه بالنسية وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة
او قضا الدين او ما اشبه ذلك فليس له ان يبيعه بالنسية ونقله عن باب الوكالة بالسلم
للصدر الشهيد ثم قال في التتمة وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي ان الوكيل بمطلق
البيع يملك البيع بالنسية عندنا خلافا للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسية على قول ابي حنيفة رحمه
الله طالت المدة او قصرت وعندهما لا يجوز الا باجل متعارف في تلك السلعة وهو الماخوذ **قوله**
قال والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن
الناس في مثله اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رواية
اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر وانما جاز عقد الوكيل بالشرا بزيادة يتغابن الناس في
مثلها لانها زيادة غير ظاهرة لدخولها تحت تقويم المقومين فلم يتحقق الغبن فكانت الزيادة
كالعدم فجاز الشرا على الامر لعدم التهمة بخلاف الشرا بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها لانها
زيادة ظاهرة لعدم دخولها تحت تقويم المقومين فتحقق الغبن وكان الوكيل متهما في الحاق
الشرا بالآمر فلم يجز على الآمر لان من الجايز ان يشتريه لنفسه ثم لما راى الخسران في الشرا الحقه
بالموكل لانه يجوز شرا ذلك الشي لنفسه حتى اذا انتفت التهمة بان كان وكيلا بشرا شي
بعينه يقع شراه على الامر لانه لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه وان نوى الشرا لنفسه او
صرح بذلك بان قال اشهدوا اني قد اشتريتها لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى الخير او
خالف الى جنس اخر وقد مر ذلك مرة قال الشيخ الامام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشرا
بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما ما له قيمة معلومة
عندهم كاللحم والخبز اذا زاد الوكيل بالشرا على ذلك لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت قال
في بيوع التتمة وبه يفتى **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في المتن قبل ورقتين بقوله
لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر **قوله** وكذا الوكيل
بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عقده اي عند ابي حنيفة يعني لعدم التهمة
قال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امراة
بعينها فزوجها اياه فهو جايز وان زادها على مهر مثلها فهو جايز في قول ابي حنيفة
رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جايز
واذا زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضاه واذا وكل رجل رجلا ان يزوج

امراة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جايز وهي امراته ولا يشبه هذا الشرا لو امره ان يشتري عبدا بعينه
فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الي هنا لفظ الاصل قال في شرح الكافي في هذا الباب
واصله ما ذكر في كتاب البيوع ان الوكالة المطلقة يراعي فيها الصيغة ولا يتقيد بالعقد
المعروف عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد والنكاح باكثر من مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه
ليس بمعروف وكان ينبغي ان يكون الجواب على قول الكل هكذا لان الوكيل من قبل الزوج في
معنى الوكيل بالشرا والوكالة بالشرا انما يتقيد بالعرف قلنا بلى ولكن الوكالة بالشرا انما تتقيد
بالعرف في موضع التهمة لا يدخل في هذا الباب لانه لا يتوهم ان يكون عاقدا لنفسه بخلاف
الوكيل بشرا شي بغير عينه حتى لو ارتفع هذا التوهم في الشرا ايضا كان التوكيل في شرا شي
بعينه يكون على هذا الخلاف ايضا ولو تزوجها الوكيل كانت امراته ولا يشبه هذا الشرا
فان الوكيل بالشرا سوا اشترى لنفسه او اطلق يصير مشتريا لموكله اذا كان التوكيل بشرا
شي بعينه وفي الوكيل بالنكاح اذا اضاف العقد الي موكله ينفذ عليه واذا اضافه الي نفسه
يصير مخالفا وانما كان كذلك لان في الشرا العاقد هو الوكيل ولهذا يوخذ بحقوق العقد الا انه
التزم ان يكون حكم عقده واقعا لغيره فيقع لغيره على وجه عقده وفي النكاح العاقد هو الموكل
فانما يكون عاقدا له اذا اضاف العقد اليه فاذا اضاف العقد الي نفسه فقد جعل نفسه
عاقدا فصار مخالفا وهذا لانه لا يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بينه وبين العاقد ثم
للآمر فيما بينه وبين الامر في النكاح لان حكم النكاح بعد وقوعه لشخص لا يقبل النقل الي غيره وفي
الشرا يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بين المتعاقدين ثم للآمر فيما بينه وبين الامر
فجعلناه هكذا كذا في شرح الكافي قوله لانه يطلق العقد اي يستغني الوكيل بالشرا عن اضافة
العقد الي الموكل قوله قال والذي لا يتغابن الناس ما لا يدخل تحت تقويم المقومين اي قال
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره والمقدار الذي يتغابن
الناس فيه نصف العشر واقل منه وهذا غير منصوص عنهم ولكن مذاهبهم تدل عليه الي هنا
لفظ الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وروي عن نصير بن يحيى انه
قال قدر ما يتغابن الناس فيه في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار
ده دوازده وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في الباب الثاني من كتاب
الزكاة القليل من المحاباة في باب البياعات ملحق بالعدم لتعذر الصيانة عنه لدخول ذلك
تحت تقويم المقومين والكثير منها غير ملحق بالعدم لدخول الامتناع عنه تحت الامكان ثم قال
اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل
وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما
لا يدخل فهو كثير والمعنى في ذلك هو امكان التحرز وعدم الامكان ومنهم من قال ذلك مفوض الي
راي القاضي ومحمد قدر في هذا الكتاب ده نيم يعني في الجامع الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك
على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب بن ادريس حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار
ده دوازده وفي الحيوان ده يازده وفي العروض ده نيم الي هنا لفظ الشيخ ابي المعين
رحمه الله ثم اعلم ان المتصرفين للغير منهم من يعفى عنه الغبن اليسير في تصرفه جميعا كان او
شرا ولا يتحمل منه الغبن الفاحش وذلك كالاب في مال الصغير والجد والوصي ومتولي
الوقف ومنهم من يعفى في تصرفه الغبن اليسير اجماعا وفي الغبن الفاحش خلاف وذلك

كالعبد المأذون

كالعبد المأذون والمكاتب فان الغبن اليسير عفو عنهما اجماعا وكذلك الغبن الفاحش عند ابي
حنيفة رحمه الله خلافا لهما البيع والشرا في ذلك على السوا ومنهم من لا يعفى عنه الغبن الفاحش
في شرايه اجماعا ويعفى عنه الغبن الفاحش في بيعه على الخلاف وذلك المضارب وشريك العنان
والمفاوض والوكيل بمطلق البيع فبيع هولا بغبن فاحش جايز عند ابي حنيفة خلافا لهما وشرا هولاء
بغبن فاحش لا ينفذ اجماعا ومنهم من لا يعفى عنه الغبن وان كان يسيرا كالمريض مرض الموت
عليه دين مستغرق لا يعفى عنه اليسير ويعفى من وصيه بعد موته اليسير اذا باع تركته
لقضا ديونه وكذا المريض لو باع من بعض ورثته لا يعفى عنه قليل المحاباة عند من يجوز بيع المريض
من وارثه وهو ابو يوسف ومحمد ويخير المشتري منه بين ان يودي الثمن الي تمام القيمة وبين ان
يفسخ وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع المريض من وارثه وان كان باكثر من قيمته حتى
يجيز ساير ورثته وليس عليه دين ولو باع المضارب ممن لا يجوز شهادته له لا يعفى عنه المحاباة
اليسيرة ولو باع الوصي فكذلك كذا في تتمة الفتاوى قوله واذا وكله ببيع عبد فباع
نصفه جاز عند ابي حنيفة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل امر رجلا ان يبيع عبده هذا فباعه نصفه قال هو جايز وقال
يعقوب ومحمد لا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
رجل امر رجلا ان يشتري له هذه الدار فاشترى نصفها قال لا يجوز وان اشتراها نصفا
نصفا او شقصا شقصا حتى اشتراها كلها جاز الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال في شرح الطحاوي ومن وكل بان يبتاع عبدا فابتاع نصفه او ما سواه من اجزايه
لا يلزم الامر ولزم الوكيل فان ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر عندنا وعند زفر
يلزم الوكيل دون الامر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الي القاضي قبل ان يشتري الوكيل
الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع
وكذلك هذا الحكم في جميع الاشيا التي في تبعيضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا
فاشترى بعضه لزم الامر وان يوكله بشرا كر من حنطة بماية درهم فاشترى نصف
الكر بخمسين درهما لزم الامر وكذلك لو وكله بشرا عبدين فاشترى له احدهما لزم
الامر بالاجماع وكذلك لو وكله بشرا جماعة من العددي فاشترى واحدا منها لزم الامر
ولو وكله ببيع عبده فباع نصفه او جزا معلوما جاز بيعه عند ابي حنيفة رحمه الله
سوا باع الباقي منه او لم يبع وعندهما لا يجوز بيع نصفه الا ان يبيع الباقي فحينئذ يجوز بيعه
فهما جعلاه كالشرا وابو حنيفة فرق بينهما الي هنا لفظ شرح الطحاوي واصل ذلك ان ابا حنيفة
رحمه الله يعتبر العموم والاطلاق في التوكيل بالبيع واما في التوكيل بالشرا فيعتبر المتعارف الذي
لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سوا فكما انه لا يملك الشرا بغبن فاحش لانه ضرر لا يملك البيع
بغبن فاحش ايضا عندهما لانه ضرر وهذا لان الضرر ليس بمطلوب بالعقد بل المطلوب هو النفع
فاذا كان كذلك لا يجوز للوكيل بيع العبد ان يبيع نصفه لانه ضرر زاد في التفريق تعييب لانه
لا يشتري متفرقا كما يشترى جملة الا اذا باع الباقي قبل نقض الموكل البيع فيجوز عندهما ايضا
استحسانا لانه ربما لا يتفق له بيع الكل جملة فاذا باع الباقي ظهر ان بيع البعض وسيلة
الي تحصيل مقصود الامر فجاز ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل بالبيع وقع مطلقا عن قيد
الجمع والتفريق لان الموكل لم ينص على ذلك فلهذا اجاز ابو حنيفة البيع بالغبن الفاحش عملا

بالاطلاق فاذا جاز بيع الكل بهذا القدر من الثمن جاز بيع النصف بذلك الثمن بطريق الاولى لان
امساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن انفع له من بيع الكل بذلك الثمن بخلاف الشرا حيث
لا يجوز شرا النصف للتهمة لانه متهم لانه يحتمل انه اشتراه لنفسه لانه يجوز ان يشتريه لنفسه
او لامره ولهذا لم يجز شراؤه بالغبن الفاحش للتهمة لانه يحتمل انه راى فيه الغبن فالحقه
بموكله وفي شرا النصف تهمة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب ضرر ويحتمل
انه الحقه بموكله احترازا عن ضرر نفسه وليس البيع كذلك لانه لا يقع للوكيل بل يقع للموكل
فلا يكون متهما ولان العبد او الدار قد يكون ميراثا لجماعة لا يتفق شرا ذلك جملة فاذا
اشترى شقصا شقصا حتى اشترى الباقي ظهر ان شرا البعض عند شرا الباقي كان وسيلة الى
تحصيل مقصود الامر فجاز فصار كانه اشترى جملة وزالت التهمة فكان الشرا للامر قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر يكون الشرا لنفسه في الاحوال كلها لانه لما
اشترى النصف فهو مخالف في الظاهر فصار شراؤه لنفسه فلما اشترى النصف
الاخر صار الشرا لنفسه ايضا لان الشرا لا يتوقف فلما صار الاول له ظهر ان النصف الثاني
له ايضا الجواب ان يقال انما يصير الشرا لنفسه للتهمة فلما اشترى النصف الاخر
ارتفع التهمة فصار بمنزلة الشرا جملة **قوله** وان وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا
موقوف يعني بالاتفاق وقد مر بيان المسألة قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب
قال ابو يوسف اذا وكل رجل رجلا ان يشتري له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق
الامر فيه ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل وجه قول
ابي يوسف ان الوكيل بشرا الشي بعينه لا يملك الشرا لنفسه فيتوقف على حكم
ملك الامر فاذا اعتقه كان اجازة فنفذ عتقه ووجه قول محمد ان الوكيل لما خالف
ما امر به لزمه ذلك وثبت العزل من جهة الحكم فاذا ملك جاز عتقه **قوله** على ما مر
اشارة الى قوله قبل عشرين خطا لان التهمة فيه متحققة **قوله** واخر ان الامر في البيع
يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح
فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي دليل اخر في الفرق بين البيع والشرا لابي حنيفة
رحمه الله ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولايته
على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق
فاما الامر في صورة التوكيل بالشرا صادف ملك الغير وهو مال البايع فلم يصح
الامر مقصودا لانه لا ملك للامر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه
ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شرا البعض لان الثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شرا الكل لا البعض لان الغرض
المطلوب من الكل لا يحصل بشرا البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز
على الامر لانه حصل مقصوده لانه ربما يتعذر عليه تحصيله بدفعة فيشتريه بدفعتين
فلما اشترى الكل ظهر انه قصد امتثال الامر الامر فلما لم يفعل ظهر انه قصد الخلاف
فلم ينفذ على الامر ولا يقال امر الامر في صورة الشرا ايضا صادف ملك نفسه لان
الثمن ملكه لانا نقول الثمن تابع في باب البياعات فلم يلتفت اليه **قوله** قال
ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب

لا يحدث

لا يحدث مثله بقضا القاضي ببينة او اقرار او باباء يمين فانه يرده على الامر قال محمد في بيوع
الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يامر الرجل
ببيع عبده فيبيعه من رجل ويدفعه اليه فلا يقبض الثمن او يقبضه ثم يريد المشتري
ان يرده على المامور بعيب فيقدمه الى القاضي وهو عيب لا يحدث مثله فيرد عليه
ببينة او باباء يمين او باقرار من المامور بالعيب قال للمامور ان يرده على الامر وان كان
العيب يحدث مثله فرد عليه باباء يمين او ببينة قامت بانه باعه وبه هذا العيب
رده المامور على الامر وان كان ذلك باقرار من المامور بالعيب لا يرده على الامر الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير واصل ذلك ان الوكيل بالبيع والشرا يرجع اليه حقوق
العقد ومن جملة الحقوق الرد بالعيب فيرد عليه ولكن اذا رد عليه هل يكون ذلك
ردا على الموكل ام لا فان كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة والسن الشاغية او لا
يحدث مثله في مثل هذه المدة رده القاضي بلا بينة ولا اقرار ولا يمين لعلم القاضي يقينا
بكونه عند البايع فيكون ذلك ردا على الموكل ولا يحتاج الوكيل في الرد الى خصومة وانما
شرط محمد في الجامع الصغير البينة او الاباء والاقرار لاشتباه الامر الى القاضي بان العيب
قديم ام لا او يعلم القاضي يقينا ان مثل هذا العيب لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكنه
لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري الى واحدة من هذه الحجج على ان تاريخ البيع
منذ شهر حتى يظهر عند القاضي ان هذا العيب كان في يد البايع فيرد المبيع عليه وبعض
مشايخنا ذكروا تاويلا اخر لنكول البايع وهو ان يكون عيبا في الباطن لا يحدث مثله لكن
انما يطلع عليه النسا كالقرن في الفرج ونحوه فالقاضي يرى النسا فان شهدن بذلك
فلا يثبت الرد بشهادتهن لكن يثبت حق الخصومة للمشتري في توجيه اليمين على البايع
فيحلفه القاضي ويرد عليه بنكوله فيكون ذلك ردا على الموكل ايضا من غير خصومة فاما
اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج في الرد الى شي من هذه الحجج فيكون ذلك
ردا بلا خصومة وان كان عيبا يحتمل الحدوث في هذه المدة بعد البيع فالقاضي لا يرده الا
بحجة اما ببينة او بنكول البايع او باقراره بان هذا العيب كان في يده قبل التسليم الى المشتري
فاذا قضى القاضي بالرد على الوكيل بواحدة من هذه الحجج هل يكون ذلك ردا على الموكل حتى
لا يحتاج الوكيل الى الخصومة مع الموكل فان رد بالبينة فهو لازم للموكل لان البينة حجة في
حق الناس كافة وكذلك اذا رد عليه بالنكول لان الوكيل مضطر في النكول لانه لم
يباشر احوال العبد والموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فكان
الرد على الوكيل ردا على الموكل وان رد بالاقرار لزم المامور لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه
ببينة او نكول لان الرد لما كان بالقضا لم يجعل كابتدا عقد لفقد الرضا بل جعل فسخا
ولكنه بدليل قاصر وهو اقرار الوكيل بقيام العيب عند الموكل فمن حيث انه فسخ كان للوكيل
حق المخاصمة ومن حيث انه يثبت بدليل قاصر لم يثبت الرد على الموكل الا بحجة فاما
اذا كان الرد بمجرد اقرار الوكيل بلا قضا لم يكن له ان يخاصم الموكل لانه فسخ بالتراضي فكان
له حكم عقد جديد في حق غيرهما فبطل حق الخصومة هذا في عيب يحدث مثله اما اذا
كان عيبا لا يحدث مثله والرد بغير قضا قاض قالوا في شروح الجامع الصغير فقد ذكر في
عامة روايات المبسوط انه يلزم الوكيل ولا يخاصم الموكل وذكر في كتاب البيوع من

الاصل انه يلزم الموكل من غير خصومة لان الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي لان الرد حق
متعين في هذا فاذا تعين الحق صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سوا كتسليم الشفعة وقضا
الدين والرجوع في الهبة وجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد
فلم يلزم الموكل ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعل القاضي لان الرد ليس بمتعين لان الحق
في مطالبة التسليم ثم في الرد عند العجز عن ذلك ثم في الرجوع بحصة العيب عند العجز
عن الرد فلم يكن الرد متعينا وفيما ذكر من المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فيفسد
القياس لعدم الجامع قوله فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضا القاضي ببينة
او باقرار او باباء يمين فانه يرده على الامر فان قلت اذا كان الوكيل مقرا بالعيب يرد
عليه فلا حاجة الى قضا القاضي فما فايدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان
الرد على الوكيل باقراره بلا قضا لا يرده على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله في عامة
روايات المبسوط فظهرت الفايدة اذن فافهمه واغتنمه قوله الى هذه الحجج اشارة الى البينة
والاقرار واباء اليمين قوله وتاويل اشتراطها في الكتاب اي اشتراط الحجج المذكورة في الجامع
الصغير وقد مر البيان انفا قوله فيفتقر اليها للرد اي يفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول
البايع عن اليمين حتى لا يرد المبيع وقد مر البيان ايضا قوله الى شي منها اي من الحجج وهي البينة
او الاقرار او اباء اليمين قوله لامكانه السكوت والنكول يرفع السكوت والنكول اي لانه
يمكنه السكوت والنكول قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضا والعيب يحدث مثله
حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره وكان
ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبايع ثالثهما والموكل ثالثهما والامر ثالثهما لان الكلام
في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببايع قوله في رواية اراد بها رواية كتاب البيوع
من الاصل قوله وفي عامة الروايات اي من المبسوط قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد
في حق ثالث قوله والحق في وصف السلامة الى اخره جواب لقوله لان الرد متعين وبيان
ذلك قررناه انفا قوله قال ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسية وقال
المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيا فالقول قول الامر اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل قال لاخر امرتك ان تبيع عبدي بالنقد
فبعته بالنسية فقال المامور بل امرتني ان تبيعه ولم تقل شيا قال القول قول الموكل
وقال ايضا عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا
فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة
ولم تقل شيا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له فقال الامر امرتك بالف
وقد باعه الوكيل بخمس مائة فان البيع باطل لا يجوز والقول قول الامر مع يمينه وكذلك
لو باعه بدنانير وقال الامر امرتك بدراهم او بحنطة او بشعير فالقول في ذلك قول
الامر مع يمينه ولا يجوز البيع فان باعه بنسية سنة فقال الامر امرتك بالحال فالقول
قول الامر والبيع مردود وكذلك هذه المسئلة في النكاح والخلع والمكاتبة والاجارة
والعتق على مال الى هنا لفظ محمد في الاصل وانما كان القول قول الموكل لان الاذن
يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفيته لحقيقة ان الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيد

ولم يوجد

ولم يوجد دليل على احد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعي الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص
ولهذا لو قال وكلتك في مالي يصير وكيلا في الحفظ لانه الادنى وليس له ان يتصرف فيه وهذا بخلاف
ما اذا اختلف رب المال مع المضارب كان القول قول المضارب وفي قول زفر القول قول رب المال
وهو القياس لان الامر مستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وعلماونا استحسنوا في المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادقا
على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله وليس كالوكيل لان
الوكالة عقد خاص والمضاربة تقتضي العموم فرب المال اذا اقر بالمضاربة فقد اقر ان المضارب
يملك عموم التصرف لان المضارب له ان يوكل ويستاجر ويبضع فاذا امر بامر عام ثم ادعى
معنى الخصوص لا يصدق على ذلك ولو كان رب المال يدعي المضاربة في نوع مسمى والمضارب
يدعيها في نوع اخر كان القول قول رب المال لان العموم والاطلاق سقط باتفاقهما في نوع
فصار نظير الوكالة قوله ولا دلالة على الاطلاق اي لا دلالة على اطلاق الامر لان التوكيل قد يقع
مطلقا عن قيد النقد والنسية وقد يكون مقيدا باحدهما فلو دل الدليل على الاطلاق كان القول قول من
يدعي النسية فلما لم يوجد الدليل كان القول قول الموكل لان الاذن مستفاد من جهته قوله ثم مطلق
الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسية الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف
وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسية في اوايل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز
بيعه بالقليل والكثير والى ذلك الموضع اشار بقوله والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين
قد تقدم ثمه لان ابا حنيفة رحمه الله عمل باطلاق الامر وهما بالمتعارف قوله قال ومن
امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوي المال
عليه فلا ضمان عليه اي قال في الجامع الصغير صورة المسئلة فيه قال محمد يعقوب ومحمد
اذا امر رجل رجلا ان يبيع له عبدا فباعه ثم اخذ بالثمن رهنا فضاع في يديه او اخذ به كفيلا
فهو جايز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلاف الا انه روي عن ابي يوسف ومحمد ولم يرو عن
ابي حنيفة وذلك لان استيفا الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل وفي الكفالة والرهن
توكيد الاستيفا فملكهما الوكيل فصار هلاك الرهن في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فلم يضمن كما اذا
هلك الثمن في يد الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الدين فانه لا يملك اخذ الكفيل والرهن والفرق
ان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لو حجره الموكل عن قبض الثمن لم يجز حجره والوكيل بقبض
الدين يفعل ما يفعله نيابة لا اصالة ولهذا اذا نهاه الموكل عن قبضه جاز والموكل جعله نايبا في
قبض الدين لا في اخذ الكفيل والرهن فظهر الفرق قيل المراد من الكفالة في قوله اخذ به كفيلا هو
الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها
ان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي
في شرحه لمختصر الكافي للحاكم الشهيد في اول باب الوكالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل
متاعا فقال بعه وارتهن لي به رهنا ففعل فهو جايز لانه اتى بما امره به ولو فعله بنفسه
جاز فكذا اذا فعله نايبه فان كان الرهن اقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو جايز
في قول ابي حنيفة رحمه الله ولم يذكر قولهما ويحتمل ان لا يجوز على قولهما بنا على ان اخذ
الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستنبرا لا مستوفيا في العاقبة والوكيل

بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش وعند ابي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع
لانه امره بالبيع بثمن موكد بالرهن فاذا باعه بثمن غير موكد يصير مخالفا ولو قال بعه برهن
ثقة فارتهن رهنا اقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو جايز لانه يحصل التوثيق به لانه
مماثل للدين او مقارب له فصلح وثيقة له لان الوثيقة ما يفضي الى الحقيقة وان كان اقل
منه مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بجنس القليل مما لا يعتد لانه لا يفضي الى
استيفايه وان ارتهن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه فهو ضامن لانه تعلق به
حق الامر لان فايدة التوثق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرد مبطلا له فيضمن وانما كتبنا
هذه المسايل تكثير اللفوايد قوله فتوى المال عليه اي على الكفيل قوله وقبض الثمن منها
اي من الحقوق قوله لا يملك الموكل حجره عنه اي حجر الوكيل عن قبض الثمن فصل
انما فصل هذا الفصل عما تقدم وان كان الفصل المتقدم فصل البيع ايضا لان هذا الفصل في وكالة
الاثنين ووكالة الواحد مقدم عليه لا محالة ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان
يقال بفهم هذا شي اخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق
والاجارة وهذا حسن قوله واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به
دون الاخر هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يوكلهما بالخصومة او بطلاق
زوجته بغير عوض والعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او بقضا دين عليه
والاصل هنا ما ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الطلاق ان
الوكيلين بالتصرف اذا انفرد احدهما به ينظر ان كان تصرفا يخاف فيه الغبن ويحتاج
فيه الى التروي ليحصل الاحتراز عن الغبن لا يجوز تصرف المنفرد به لان الموكل في مثل
هذا التصرف لا يرضى الا بمجموع رايهما فكان غير مفوض ذلك الى كل واحد منهما
على الاستبداد وان كان لا يخاف فيه الغبن ينفذ تصرف كل واحد منهما لما لا حاجة
في تحصيله الى اجتماع الراي والتعاون في التامل ليظهر ما عسى ان يتمكن فيه من
الغبن فيكون الموكل راضيا بتصرف كل واحد منهما على الاستبداد وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يامر الرجلين ببيعان له هذا
العبد بالف درهم فيبيعه احدهما بذلك قال لا يجوز وكذلك ان امر رجلين يخلعان
امراته منه بالف درهم فخلع احدهما لم يجز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال
في الاصل واذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد له او دار او دابة او شي من الاشيا فباع
احدهما دون صاحبه فان ذلك لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم
الله من قبل انه لم يرض براي البايع منهما في الوكالة وحده ولو كان سمى لهما ثمنا فباع
احدهما به لم يجز وان باعا جميعا بذلك الثمن فهو جايز وان لم يسم لهما ثمنا فباعا جميعا بثمن
نسيئة فان ابا حنيفة كان يقول هو جايز وان باعا بدرهم شيا يساوي الفا وقال ابو
يوسف ومحمد اذا حطا من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز وقال ابو حنيفة انه
وكلهما ان يشتريا له شيا فزاد على ثمنه ما لا يتغابن الناس في مثله فانه لا يلزمه وقال
البيع والشرا في ذلك مختلف في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هما سوا لا يجوز
على الامر الا ما يتغابن الناس في مثله واذا وكل الرجل الرجلين ان يزوجاه امراة بعينها
او بغير عينها فزوجه احدهما دون صاحبه فان ذلك لا يجوز فان كان صاحبه حاضرا

واجاز

واجاز ورضي فهو جايز ولو وكلهما بخلع امراة له او مكاتبة عبد له او بعتق عبد له على مال فامضى
احدهما ذلك دون الاخر فان ذلك باطل لا يجوز ولا ينفذ ولو كان سمى لهما مالا فامضى احدهما
بذلك المال لم يجز وان امضياه بذلك المال جاز وان لم يسم لهما مالا وطلقا جميعا على درهم
او كاتباه على درهم او اعتقاه على درهم فانه يجوز في قول ابي حنيفة بمنزلة البيع ولا يجوز في
قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ محمد في الاصل وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
واذا وكل الرجل رجلين ببيع عبد او بابتياعه او بان يزوجه امراة او يخلع امراته منه على مال او يعتق
عبده على مال او بمكاتبته ففعل ذلك احدهما دون الاخر لم يجز الا ان يجيزه الاخر فيجوز وان وكلهما
بعتق عبده بغير مال او بطلاق امراته بغير مال ففعل ذلك احدهما دون الاخر ففعل ذلك احدهما
دون الاخر جاز الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل
في هذا ان الوكيلين بالمبادلة اذا فعل احدهما المبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه
الوكيل الاخر او الموكل ولا يجوز فعل احدهما لان المبادلة تتعلق بالراي والمشورة وقد رضي براييهما
ومشورتهما ولم يرض براي احدهما سواء كان الثمن مسمى والوكيل الاخر حاضرا او غايبا الا ان
في الشرا ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشرا اذا وجد نفاذا على العاقد فانه ينفذ ولا يتوقف بخلاف البيع
فانه يتوقف على اجازة الموكل والوكيل وكذلك الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله
احدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل والوكيل الاخر واما الوكيلان بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق
على غير مال فلاحدهما ان يعتق ويطلق وكذلك الوكيلان بالخصومة لاحدهما ان يخاصم الا انه اذا
انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما حتى يجتمعا لان الخصومة مما لا ينافي فيها اثنان بالاجتماع
والقبض مما ينافي فيه الاجتماع وكذلك لو وكل اثنين بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم
احدهما صحت الهبة وكذلك لو وكل اثنين بقضا الدين وسلم المال اليهما فقضاه احدهما جاز فاما
الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كالوكيلين
بالبيع الا في اشيا معروفة نذكرها في الوصايا وعند ابي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف
على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق
كذا في شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع فاما التوكيل بالخصومة فلاحدهما ان ينفرد بها وقال
زفر لا يجوز وجه قولهم ان الخصومة منهما لا يمكن في حالة واحدة الا ترى ان القاضي لا يفهم عنهما
اذا تكلما معا واذا لم يمكن علم ان الموكل جعل ذلك الى كل واحد منهما فيجوز ان ينفرد وجه
قول زفر ان الخصومة تحتاج الى الراي وهو لم يرض براي احدهما لان راي الاثنين يخالف
راي الواحد فلهذا لم يجز لواحد منهما ان ينفرد كما في الوكالة بالشراء وقال فخر الدين قاضي
خان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد احد الوكيلين الا في اربعة اذا وكلهما بالطلاق والثاني
اذا وكلهما بالعتاق والثالث اذا وكلهما برد وديعة او عارية او غصب او دين
عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان في الثلاثة لا يحتاج الى الراي واما في الخصومة
فقد ذكرنا فيها المعنى وذكر في الجامع لو قال لرجل طلقا امراتي ان شيتما او اردتما فطلقها
احدهما لم يقع لانه تملق الطلاق بمشيتهما فلا ينزل عند مشية احدهما وكذلك لو قال امرها
بايديكما لانه جعل الراي اليهما وكذلك لو قال امر امراتي بايديكما فطلقها احدهما لا يقع
لانه جعل الراي اليهما لا الى احدهما فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به
قالوا هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدي هذا

او تخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان يتصرف لان كل واحد منهما مسلط
علي البيع والخلع بانفراده قوله اوبرد وديعة فبرد ها لانه اذا وكل الاثنين بقبض الوديعة
ليس لواحد منهما ان ينفرد به قوله علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما اي اعتبر تعليق
الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين يعني يشترط ثمه لوقوع الطلاق دخولهما
جميعا حتي لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا
في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قوله قال
وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان ياذن
له الموكل في ذلك او يقول له اعمل برايك قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
في اوايل كتاب الوكالة وليس للوكيل ان يوكل غيره لانه رضي برايه والناس يتفاوتون في الراي
فلا يكون راضيا براي غيره الا اذا قال له ما صنعت في ذلك من شي فهو جايز لانه جعله وكيلا
عليها فيملك فيملك التوكيل لانه باذنه قال صاحب الهداية فاذا جاز في هذا الوجه اي اذا
جاز توكيل الوكيل غيره فيما اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برايك يكون الوكيل الثاني
وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول وفايدته ان الوكيل الاول لا يملك عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل
الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول لكن ينعزلان جميعا بموت الموكل قوله وقد مر نظيره في ادب
القاضي وهو ما ذكره في اول فصل قبل التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف علي القضا الا ان
يفوض اليه ذلك اي ان قال ولو قضي الثاني بحضر من الاول او قضي الثاني فاجازه الاول
جاز كما في الوكالة قوله فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز اي قال القدوري في
مختصره يعني عقد وكيل الوكيل بحضرة الوكيل الاول قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن
ابي حنيفة رحمه الله في رجل وكل رجلا ببيع عبد فامر الوكيل رجلا ببيعه قال ان باعه والوكيل
الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غايب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل وكل رجلا ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جايز الي هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي وليس للوكيل ان يوكل غيره بما وكله
به الا ان يطلق له الذي وكله او يجيز امره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بنا الوكالة علي
الخصوص فليس له ان يفوض الي غيره الا ان ياذن له الموكل بذلك او يقول له وقت
التوكيل ما صنعت من شي فهو جايز فيجوز ولو وكل رجلا ببيع عبد ولم يجز له ما صنع ولا
اذن له في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه
بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كان الوكيل الاول هو الذي باعه ولو باعه بغير حضرة
الوكيل الاول لم يجز بيعه حتي يجيزه الوكيل الاول او الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل
الثاني سوا كان بحضرة الوكيل الاول او بغير حضرته وقال ابن ابي ليلي يجوز بيع الوكيل الثاني
بحضرة الوكيل الاول وبغير حضرته واما الوكيل بالشرا اذا وكل غيره فاشتري الثاني فهو
علي الخلاف الي هنا لفظ شرح الطحاوي وجه قول ابن ابي ليلي ان الوكيل قايم مقام
الموكل والموكل لو وكل غيره جاز فكذا وكيله لانه لما ملك ان يباشر بنفسه ملك ان
يوكل غيره ولهذا كان للمودع عنده ان يودع غيره فصار كالعبد الماذون والمضارب فانهما
يملكان التوكيل ولنا ان الموكل رضي براي الاول دون الثاني فلا ينفذ بيع الثاني
عليه بخلاف مسيلة الاذن فان مبناها علي العموم بخلاف الوكالة وجه قول زفر

ان الموكل

ان الموكل رضي ببيع الاول ولزوم العهدة علي الاول ولم يرض بلزوم العهدة علي غيره فلو جاز بيع الثاني
كانت العهدة عليه والموكل ما رضي به ولنا ان المقصود الانتفاع براي الاول فاذا حضر حصل
ذلك فجاز والا فلا ولزوم العهدة ليس بامر مقصود لانه قد يظهر وقد لا يظهر وانما المقصود
وقوع الملك وحصول الثمن ولو باعه الوكيل الثاني حال غيبة الاول فبلغه او باعه اجنبي
فبلغه فاجاز جاز لانه حصل رايه وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وزاد في كتاب الوكالة
اذا اقدر الثمن للوكيل الثاني صح وان لم يعقد بحضرته لان رايه قد وجد قال في الفتاوي الصغري
طلبت هذه الرواية في كتاب الوكالة وقت قراتها فلم اجده فيها لكن ذكره فيها البقالي ايضا وقد
وجدته في كتاب الرهن ونقل في الفتاوي الصغري عن وكالة شيخ الاسلام خواهرزاده
ان الوكيل بالبيع او الاجارة اذا وكل غيره فباع الثاني او اجر والاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل
الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع او الاجارة من الثاني
بحضرة الاول وذكر بعد هذا انه اذا باع الثاني بحضرة الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور
في الجامع الصغير ذكر هاتين الروايتين في باب الوكالة بالقيام علي الدار من المبسوط لشيخ
الاسلام خواهرزاده ثم قال شيخ الاسلام خواهرزاده حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في
المسيلة اختلاف الروايتين لكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع محمول علي ما اذا اجاز الوكيل
الاول ذلك والي هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك ان توكيل ما لم يفتح التحق بالعدم فيكون
الثاني فضوليا وعقد الفضولي لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ومنهم من جعل في المسيلة روايتين
في رواية يشترط الاجازة كما ذكرنا وفي رواية يكفي حضور الاول كما ذكر في الجامع قال شيخ الاسلام
خواهرزاده وعلي هذا احد وكيلي البيع او الاجارة اذا امر صاحبه فباع بحضرته او اجر جاز
في رواية ولا يجوز في رواية ما لم يجز الامر الثاني والمالك كذا في التتمة والفتاوي
الصغري قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز لكن في
حقوق العقد كلام قال بعضهم يرجع الي الاول لان الموكل رضي بلزوم العهدة علي الاول
دون الثاني كذا نقل في الفتاوي الصغري عن فتاوي البقالي وقال بعضهم ترجع الي
الثاني لان العقد وهو السبب وجد من الثاني واليه ذهب ابو الليث في عيون
قوله وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه يعني اذا باع الاجنبي فاجازه الوكيل بعد بلوغ
الخبر جاز قوله علي ما بينا اشارة الي قوله في المسيلة المتقدمة والبدل وان كان مقدرا ولكن
التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري يعني في اختيار المشتري الذي
لا يماطل في تسليم الثمن قوله واذا زوج المكاتب او الذمي او العبد ابنته وهي صغيرة
حرة مسلمة او باع او اشتري لها لم يجز وصورة المسيلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الذمي او المكاتب او العبد يزوج واحد منهم ابنته وهي صغيرة
حرة مسلمة قال لا يجوز وكذلك ان باع لها او اشتري لم يجز الي هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير وذلك لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وليس الكافر من اهل الولاية
علي المسلم قال تعالي ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا وقال تعالي والذين
كفروا بعضهم اوليا بعض وقال تعالي والمومنون بعضهم اوليا بعض ولهذا لم يكن
الكافر من اهل الشهادة والحكم عليه والعبد لا ولاية له علي نفسه الا تري الي قوله
تعالي ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر علي شي فاذا لم يكن له ولاية علي نفسه لم يكن له

ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ولهذا لم يصلح العبدان يكون قاضيا ولا سلطانا ولا شاهدا وكذلك المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان الولاية على الصغار والصغاير يثبت نظرا لهم لعجزهم والنظر انما يتحقق من القادر المشفق ولا شفقة للكافر على المسلم ولا قدرة للرقيق فانتفت الولاية لعدم تحقق النظر وكذلك لو اشترك واحد منهم لها او باع للمعنى الذي قلنا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه وقال يعقوب ومحمد وكذلك عندنا المرتد اذا مات على ردته والحربي المستامن لا يجوز شرا احد منهم ولا بيعه ولا نكاحه على ابنته اذا كانت ابنته صغيرة مسلمة ولا يزوجها ولا يرثها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث هذا في قولهم جميعا وانما لم يكن للحربي ولاية لما تلونا ولانه ابعد من الذمي لان الذمي من اهل دارنا وتقبل منه الجزية التي خلف الاسلام والمستامن ليس من اهل دارنا ولم يوجد منه خلف الاسلام فاذا لم يثبت الولاية للذمي على الصغيرة المسلمة فاولى ان لا يثبت للحربي ولهذا لم تجز شهادة الحربي على الذمي واما المرتد فان ولايته موقوفة بالاجماع اما ابو حنيفة فمر على اصله ان عقوده في مال نفسه موقوفة وكذلك في مال ولده واما ابو يوسف ومحمد فان كانا يجيزان عقوده في مال نفسه ويجعلانه بمنزلة المسلم في البيع والشرا لكن يجعلان عقوده في مال ولده موقوفة فان اسلم جاز والا فلا لان الولاية نظرية واتفاق الملة داع الى النظر وذلك مترددبين الوجود والعدم لانه معدوم في الحال ولكنه يرجى وجوده لانه مجبور عليه فوجب التوقف فاذا قتل على ردته استقرت جهة الانقطاع فبطلت عقوده لانه لا ولاية للكافر على المسلم وان اسلم كانه كان على الاسلام فنفذت عقوده لان الارتداد كان عارضا فاذا ارتفع العارض زال حكمه وعاد حكم الاصل على ما كان قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وهذه من مسايل الوكالة وتوقف الولاية في كتاب الماذون **قوله** وذلك اشارة الى الولاية النظرية وهي اي المسلة **قوله** فيبطل اي تصرف المرتد والله اعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب اخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق يجري على حقيقته **قوله** والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض هذا لفظ القدوري في مختصره قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا لزفر وقال شمس الايمة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضي الدين له القبض اتفاقا وجه قول زفر ان رضى بهدايته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض فلا يملك القبض ولنا ان من ملك شيا ملك اتمامه وتمام الخصومة بالقبض لان تناهيها به فانصرف الامر بالخصومة الى انهايها بالقبض فملك القبض ولان المقصود من الخصومة الاستيفا فيكون الاستيفا من حقوقها ومن كان وكيلا بشي كان وكيلا بحقوقه كالوكيل بالبيع وقال في الواقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضي او بالخصومة ليس له ان يقبض الدين في زماننا لان الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلا على باب القاضي وبه اخذ الفقيه ابو الليث **قوله** لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض فيه نظر

لانه قال في

لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واستقضيته طلبت قضاه واقتضيت منه حقي اخذته **قوله** الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع يعني لا يراد القبض من التقاضي في عرف الناس لانهم لا يفهمونه منه بل يفهمون من التقاضي المطالبة ونحن لا نسلم ان الوضع على خلاف العرف بل يراد منه في الوضع ما يراد منه في العرف **قوله** والفتوى على ان لا يملك يعني ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان **قوله** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا وهذه من مسايل الجامع الصغير قد بينا قبل هذا الفصل ان الوكيلين بالخصومة لاحدهما ان يخاصم الا انه اذا انتهى قبض المال لا يجوز قبض احدهما وذلك لان شرط اجتماعهما على الخصومة بل يجوز يلتبس الامر على الحاكم بالشغب فلم يلزم اجتماعهما ثم لا يجوز لاحدهما ان يقبض لانه ايتمنهما ولم ياتمن احدهما **قوله** بخلاف الخصومة على ما مر يعني ان الوكيلين بالخصومة لا يشترط اجتماعهما على الخصومة بل يجوز لاحدهما ان ينفرد بالخصومة كما مر في اول الفصل المتقدم عند قوله واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل به دون الاخر الا ان يوكلهما بالخصومة وعند زفر ليس للوكيل بالخصومة ان يقبض الدين قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومشايخ هذه البلدة كانوا يقولون بقول زفر وبه ياخذون يعني مشايخ بلخ وبه ناخذ **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة وهذه من مسايل مختصر القدوري قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال ابو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان اقام المطلوب البينة انه قضى الموكل قبلت بينته عليه وقالا لا يقبل بينته على القضا الا ان الخصومة تسقط وروى الحسن عن ابي حنيفة مثله الى هنا لفظ كتاب التقريب وقال في اشارات الاسرار الوكيل بقبض الدين يسمع عليه البينة بقبض الموكل وبابرايه عن الدين عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ثم انما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما اجماعا ونقل في الفتاوى الصغرى عن منتقى شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغايب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلا بقبضه من الذي العبد في يديه ثم غاب الموكل فاقام الذي في يديه العبد البينة ان الغايب قد باعه اياه قال اقفه حتى يحضر الغايب وكذلك الطلاق والعتاق وكل شي الا الدين فانه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه فاقام الذي عليه الدين البينة انه قد اوفاه قبلت بينته وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سوا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وجه قولهما انه مامور بالقبض والقبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل بقبض الدين وكيلا بالخصومة بيان المغايرة ان القبض يعتمد على امانة الرجل والخصومة تعتمد على جدله فان كان كذلك لم يملك الخصومة كالوكيل بقبض العين كما لو طلب الامر منه ذلك بصيغة الامر لا بصيغة التوكيل لكن يوقف الامر احتياطا حتى لا يكون له ولاية القبض الى ان تحضر الغايب ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالتمليك والتملك لانه توكيل بتملك المقبوض بمقابلة ما في الذمة قصاصا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة لكن اذا اخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقى الدينان قصاصا فلما كان هذا توكيلا بالتمليك كان خصما عن الغايب في التمليك فيقضى على الغايب كالوكيل بالشرا والوكيل باخذ الدار

بالشفعة اذا اقامت عليه البينة ان الموكل سلم الشفعة صحت وقضي بذلك وكذلك
الوكيل بالرجوع في الهبة خصم وكذا الوكيل بالقسمة والرد بالعيب فكذا هذا قالوا في شروح الجامع
الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الموكل بالشرا لانه خصم
قبل قبض الدين كما ان الوكيل باخذ الشفعة خصم قبل اخذ الدار بخلاف الوكيل بالشرا فانه
لا يصير خصما قبل مباشرة الشرا وهذا بخلاف الوكيل بقبض العين فانه ليس بخصم لانه
امين محض لم يوجد فيه معنى التمليك والمبادلة فلم يكن خصما فكان كالرسول وبخلاف
الوكيل بنقل المراة والعبد والامة اذا اقامت المراة البينة على الطلقات الثلاث
او اقام العبد او الامة البينة على الاعتاق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا يكون يسمع البينه
على الطلاق والعتاق الا لقصر اليد استحسانا ويوقف الامر الي ان يحضر الغايب
والقياس ان لا يوقف الامر بل كان ينبغي ان يدفع الي الوكيل لان البينة بطلت لقيامها
على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة ان الوكيل في
نقل القبض قايم مقام الموكل فجعل خصما في ابطال حق القبض احتياطا فاذا حضر الغايب
يعاد عليه البينة قال فخر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة واورد
القدوري سوالا وجوابا في كتاب التقريب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا
بالتمليك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما يوكل في تمليكها فالجواب ان هذا تمليك من
طريق الحكم والمسلم يصح ان يملك الخمر حكما وان لم يجز عقده عليها قوله نفسه بالجر على انه
بدل من الدين قوله الا انه جعل استيفا لعين حقه من وجه استثنا من قوله لان الديون
تقضي بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضي بامثالها لا باعيانها لما بينا انفا الا
ان المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض فلو كان
تمليكا محضا ليس فيه معنى استيفا عين الحق لم يجبر على القبض وكذا اذا ظفر بجنس حقه
حل له التناول قوله فاشبه الوكيل باخذ الشفعة اي اشبه الوكيل بقبض الدين الوكيل
باخذ الشفعة يعني انه خصم فكذا هذا قوله والرجوع في الهبة بالجر عطفا على قوله باخذ
الشفعة يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا اراد الرجوع فاقام
الموهوب البينة ان الواهب اخذ العوض يقبل بينته قوله والقسمة بالجر ايضا عطفا
على ما قلنا يعني ان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فاراد الوكيل
المقاسمة فاقام الشريك الاخر البينة ان الموكل اخذ نصيبه يقبل بينته لان الوكيل خصم
لان في القسمة معنى التمليك قوله والرد بالعيب بجر الدال عطفا على ما قلنا ايضا يعني
ان المشتري اذا وكل وكيلا برد المشتري بسبب العيب فاقام البايع البينة ان المشتري
رضي بذلك قبلت بينته قوله وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اشارة الي انه وكله
بالتملك فاشبه الوكيل باخذ الشفعة يعني انه لما وكله بالقبض بالتملك كان فيه معنى
المبادلة والمبادلة تقتضي حقوقا من التسليم والتسلم والرد بالعيب والوكيل في الحقوق
اصيل فكان خصما قوله انه خصم في قصر يده اي الوكيل جعل خصما في حق قصر يد
الوكيل لا غير فيقصر يده اي يد الوكيل والبيان مرادفا قوله وكذلك العتاق والطلاق
وغير ذلك قال محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا بقبض عبد له او جارية فادعي
العبد العتاق من مولاه واقام البينة فاني لا ادفعه الي الوكيل ولا اقضي بالعتق ولكن

اتفقه لانه لم يوكله بالخصومة في ذلك وانما وكله بقبضه وبالجارية وكذلك لو وكله باخراج
امراة له فاقامت المراة البينة ان زوجها قد طلقها ثلاثا وكذلك لو وكله بقبض دار فاقام الذي
الذي في يديه الدار البينة انه اشتراها من الذي وكله فاني لا انفذ ذلك كله عليه لانه
لم يوكله بالخصومة ولو وكله بقبض دين له فاقام الغريم البينة انه قد اوفاه الطالب قبلت
ذلك منه وليس هذا كالدار والعبد لان الدار شي بعينه والدار ليس بشي قايم بعينه وهو قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس بخصم في شي من ذلك فاتفق ذلك كله الدين وغيره
سوا الي هنا لفظ محمد في الاصل قوله دون العتق والطلاق اي تقبل بينة المراة والعبد
والامة في حق قصر يد الوكيل خاصة لا في حق العتق والطلاق قوله واذا اقر الوكيل بالخصومة
على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضا لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد
استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير
مجلس القضا وهذه من مسايل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رحمه الله في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعي عليه يجحد فاقر
الوكيل عند القاضي ان الذي وكله قد استوفاه قال يقضي على الذي له المال باقرار
الوكيل وان اقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال
بذلك الا ان الوكيل لا يقضي له بدفع المال اليه اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو
لازم الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شي فهو
جايز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير انه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي
فاما عند غير القاضي فلا يجوز هذا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اقراره
عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك الي هنا لفظ الاصل وقال القدوري في
كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد يجوز اقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز
بغير حضرته وقال زفر لا يجوز في الحالين الي هنا لفظ التقريب وقول ابي يوسف اولا كقول
زفر كذا في المختلف وكذلك قول الشافعي مثل قولنا ايضا وقول مالك في التفريع كقوله ايضا
وقال في كتب الحنابلة ولا يصح اقرار الوكيل على موكله لا عند الحاكم ولا عند غيره ولا صلحه عنه
ولا الابرا الا ان يصرح بذكر ذلك في توكيله ثم اعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد استحسان وقول
زفر قياس كذا ذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وصورة المسيلة ما اذا كان الوكيل
وكيل المدعي فاقر ببطلان الحق او كان وكيل المدعى عليه فاقر بلزوم الحق عليه وجه قول
زفر ان وكله بالخصومة والمنازعة والاقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الاقرار والخصومة
تضاد فلا يدخل تحت ما يضاده فلا يجوز اقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وابراوه
مع ان الصلح اقرب الي الخصومة من الاقرار وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار بان قال
وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة
لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثنا وصح الاقرار لان الخصومة شي واحد والاستثنا
من شي واحد لا يجوز ولان الداخل تحت الامر جواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار
تمسكا بحقيقة اللفظ وعملا بالعرف لان الحاجة الي الاستنابة واختيار الاهدى فالاهدى
انما يكون في المناكرة دون الاقرار والعرف يصلح دليلا معينا كما في التوكيل بشرا الفحم والجمد

متصرف الي وقت الحاجة بالعرف فكذا هنا ولنا ان حقيقة التوكيل بالخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فيصار الي المجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ومطلق الجواب يصلح مجازا لان الخصومة سبب للجواب واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز ثم مطلق الجواب يتناول الانكار والاقرار جميعا فكما ان انكار الوكيل يصح منه حيث انه جواب فكذا يصح اقراره من انه جواب لان الجواب تارة يكون بنعم وتارة يكون بلا فصح اقرار الوكيل كانكاره ولا يقال بان الخصومة جواب مقيد فينبغي ان لا يملك مطلق الجواب اذ المطلق فوق المقيد لانا نقول المقيد يشتمل علي الاصل والوصف والمطلق يتعرض للاصل دون الوصف فكان في المقيد ما في المطلق وزيادة فجاز جعله مجازا عنه الي هذا اشار شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد والجواب عما قال زفر ان التوكيل ابدا انما يكون مملوكا للموكل واحد الجوابين من الانكار والاقرار ليس بمملوك له قطعا لان خصمه اذ كان محقا يلزمه الاقرار واذا كان مبطلا يلزمه الانكار فلم يتعين احد الجوابين الذي هو عبارة عن الخصومة وهو الانكار لاحتمال وتردد في كونه مرادا فحمل كلامه بعد ترك حقيقته على ما يطلق عليه اسم الجواب مطلقا مجازا ثم الاقرار والانكار يترددان تحت مطلق الجواب فيصح اقرار الوكيل كالانكار لا باعتبار انه اقرار ولا باعتبار انه انكار بل باعتبار انه جواب ولا يلزم علي هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرايها فانه يجوز علي مذهب ابي حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم حكما وحكم التصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا علي وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك علي انا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا علي وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ولا نشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوايل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام ولا يلزم علي هذا اقرار الاب والوصي علي اليتيم فانه لا يجوز لانه غير موكل بالجواب ولا مامور به اذ تصرفهما بالولاية علي طريق النظر ولا نظر فيه ولا يلزم اقرار الوكيل بالقصاص والحد حيث لا يجوز علي الموكل لشبهة عدم الامر بذلك والجواب عن القياس علي الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الي الصلح بل هو تصرف ابتدا يتعلق باختيارهما والجواب عما اذا استثنى حيث يصح ويبطل اقرار الوكيل فنقول لا نسلم انه يصح الاستثنا بل لا يصح الاستثنا عند ابي يوسف كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي اصول فقهه ايضا في باب بيان التغيير فعلى هذا يصح اقراره لبطلان الاستثنا وهذا لان الموكل وكله بما لا يملكه وهو انكار الحق ولين سلمنا انه يصح الاستثنا علي ما روي عن محمد فنقول انما صح لان تنصيصه علي استثنا الاقرار دليل علي ملك الموكل الاستثنا والاقرار لان غرضه انكار الوكيل واذا كان غرضه الانكار الذي هو احد الجوابين عينا لم يصح اقراره لانه لا يمكن ارادته مجازا عن الخصومة للتردد في احد الجوابين عينا بخلاف ما اذا اطلق التوكيل بالخصومة ولم يستثن الاقرار حيث يصح اقرار الوكيل علي الموكل حملا للكلام علي ما هو الاولى وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب فقال ان وكل المطلوب واستثنى الاقرار لا يصح لان المطلوب يجبر علي الخصومة ولا يمكنه التوكيل بما فيه اضرار الطالب

بخلاف الطالب

بخلاف الطالب لانه لا يجبر قال في تتمة الفتاوى اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار صحت الوكالة والاستثنا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يصح وعن محمد يصح استثنا الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه فان قلت التوكيل لاجل حاجة الموكل وهو لا يحتاج الي التوكيل بالاقرار ظاهرا لانه لا يعجز عن الاقرار بنفسه فينبغي ان لا يصح اقرار الوكيل عليه لانه ليس بمامور بالاقرار ظاهرا قلت لا نسلم انه لا يحتاج الي التوكيل بالاقرار لانه ربما لا يعرف توجه الحق اليه اولا بهذه الدعوى فيوكل من هو اعلم منه او ربما يوكل ليقر بهذا القدر علي وجه لا يلزمه شي اخر ويندفع عنه خصومة اخرى ثم بقي الكلام مع ابي يوسف وجه قوله ان الوكيل قايم مقام الموكل فاقرار الموكل يجوز في مجلس القضا وغيره فكذا اقرار وكيله لانه نايب منابه ووجه قولهما ان اقرار الوكيل انما صح باعتبار انه جواب الخصومة مجازا والخصومة تختص بمجلس القضا فكذا جوابها الا ترى انه لا يقع سماع بينة ولا استحلاف ولا اعدا ولا حبس الا عند القاضي وما يكون في غير مجلس القضا يكون صلحا فاذا كان الجواب المعتبر هو الجواب في مجلس القضا لم يعتبر اقرار الوكيل علي موكله في غير مجلس القضا فاذا اقامت البينة علي اقراره ذلك خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه مع الاقرار لا يصلح للخصومة لانه متناقض في دعواه لانه كذب نفسه بالقول الاول قوله ولهذا لا يملك الصلح والابرا هذا استدلال من زفر بالاحكام منها هذه اي ولاجل ان الامر بالشي لا يتناول ضده لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابرا لان الخصومة منفذ ذلك ومنها انه اذا وكله بالخصومة واستثنى الاقرار صح الاستثنا وبطل اقرار الوكيل لان الامر بالشي لا يتناول ضده وهذا لانه مامور بالمنازعة والاقرار مسالمة وبينهما تضاد ولهذا لو اقر في غير مجلس القاضي لا يصح ومنها اذا وكله بالانكار فاقر لا يصح لان الانكار منازعة والاقرار ضدها قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة علي وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشي لا يتناول ضده حتى لم يملك الوكيل الصلح وصح استثنا الموكل الاقرار انتج ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرايه علي ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا ولا مضادة بين الجواب والاقرار بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح نعم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسالة مبتداة لا للاستشهاد فاقول لو قال صاحب الهداية في هذا المقام كما قلنا اولى في بيان قول زفر يقول لان الداخل تحت الامر جواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار تمسكا بحقيقة اللفظ وعملا بالعرف لان الحاجة الي الاستثنا به واختيار الاهدى فالاهدى انما يكون في المناكرة دون الاقرار كان اولى واقرب الي التحقيق قوله التوكيل صحيح قطعا اي التوكيل بالخصومة صحيح اجماعا قوله دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين عينا وقد بيناه قبل

هذا قوله وطريق المجاز اي بين الخصومة ومطلق الجواب وقد مر البيان انفا قوله على ما نبينه
اشارة الى ما ذكره عند قوله هما يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة قوله فيصرف
اليه اي يصرف التوكيل بالخصومة الى مطلق الجواب قوله ولو استثنى الاقرار فعن ابي
يوسف انه لا يصح جواب عن قوله ويصح اذا استثنى الاقرار قوله وعند الاطلاق يحمل على الاولى
اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثنا الاقرار يحمل التوكيل بالخصومة على ما هو الاولى
وهو مطلق الجواب قوله وعنه اي وعن محمد قوله ولم يصححه في الثاني اي لم يصحح محمد
استثنا الاقرار من المطلوب قوله لكونه مجبورا عليه اي على ترك الانكار او نقال لكون المطلوب
مختصا يجبر عليه في الخصومة قوله فبعد ذلك يقول ابو يوسف هذا مشروع في بيان
المحاجة مع ابي يوسف بعد فراغ بيان المحاجة مع زفر قوله وهما يقولان اي ابو حنيفة ومحمد
قوله ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا يعني ان التوكيل بالخصومة يراد
به الجواب ثم الجواب ان كان انكارا كما قال زفر يكون ذلك حقيقة في الخصومة اذ لا فرق بين
الانكار والخصومة وان كان اقرارا كما قلنا نحن جميعا كان تناول الخصومة على الاقرار مجازا لان الخصومة
سبب للجواب وهو يشمل على الاقرار والانكار جميعا ثم الخصومة تختص بمجلس القضا فكذا جوابها
قوله فيختص به اي تختص جواب الخصومة بمجلس القضا قوله وصار كالاب والوصي
اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليهما يعني ان الاب والوصي اذا ادعى شيا للصغير
فانكر المدعى عليه فصدقه الاب والوصي ثم جا يدعي ذلك المال لا يدفع المال اليهما لانهما
خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال باقرارهما على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل
عن الوكالة بالاقرار في مجلس القضا لا يدفع المال اليه ومسيلة التوكيل بالخصومة من مسايل
طريقة الخلاف قد بيناها بحسب ما لاح لنا فمن طلب المزيد فعليه بكتب المتقدمين
رحمهم الله قوله قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا
في ذلك ابدا اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل عليه
مال لرجل فكفل به انسان فوكل صاحب المال الكفيل بقبضه من الغريم قال لا يكون وكيلا في ذلك ابدا
هذا لفظ محمد فيه وانما لم يصح الوكالة لوجهين احدهما ان الوكيل هو العامل لغيره بسبيل النيابة
وهذا عامل لنفسه لانه بقبض الدين عن الغريم يبري ذمة نفسه عن الضمان وبين الامرين
تضاد فلا تصح الوكالة والثاني ان الكفيل ضمين والوكيل امين فلا يصح الوكالة لئلا يلزم ان يكون
الضمين امينا وهذا لان قبول قول الامين واجب وقبول قول الضمين ليس بواجب لانه يدعي
براة نفسه فاذا انتفى قبول قول هذا الوكيل لكونه كفيلا انتفت الوكالة ايضا لان انتفا اللازم
يستلزم انتفا الملزوم قالوا في شروح الجامع الصغير نظير هذا ما ذكر في الماذون ان المولى اذا
اعتق عبده الماذون المديون ضمن قيمته والعبد يطالب بجميع الدين كان المولى كفيلا عنه فان
وكل الطالب المولى بقبض الدين من العبد كان باطلا لان المولى في قبض الدين عن العبد عامل
لنفسه فلا يصلح وكيلا عن غيره قال في كتاب الماذون من شرح الطحاوي المولى اذا اعتق عبده
المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرما بالخيار ان شاوا اتبعوا العبد بالدين وان شاوا
اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين سوا كان عالما بالدين او لم يكن بخلاف الجناية فان
العبد اذا جنى فاعتقه المولى ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا وان كان غير عالم لم يلزمه
شي الا قدر القيمة لا غير وفي باب الدين يلزمه القيمة وان كان عالما والفرق بينهما ان الضمان

وجب على المولى

221

وجب على المولى في الجناية لانه ما فلته الا انه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق ابطل حق الدفع
فصار مختارا للدية ان كان عالما واما في الدين فهو في ذمة العبد الا ترى انه يباع فيه والمولى
ابطل حق البيع ولو بيع لا يكون الا قدر القيمة لانه في الظاهر لا يشترى باكثر من القيمة فلذلك لزمت
القيمة وفي مسيلتنا لو اختار اتباع المولى لا يكون ابرا العبد ولو اتبع العبد لا يكون ذلك ابرا للمولى
بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما انقطع حقه عن
الاخر والفرق بينهما ان هناك وجب على كل واحد منهما على طريق الاصالة فاذا ضمن احدهما
فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه واما ههنا الدين وجب على العبد الا انه وجب على
المولى على سبيل الكفالة اذ ليس في هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت انه كالكفيل
ومن طالب الكفيل او المكفول عنه لا يكون في ذلك ابرا للاخر فلذلك افترقا الى هنا لفظ الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال الشيخ ابو المعين النسفي في الباب الثاني من كتاب الوكالة
من شرح الجامع الكبير رجل له على رجل اخر الف درهم ورجل بها كفيل فامر رب المال احدهما
ان يبري صاحبه فابراه جاز اما اذا وكل الاصيل بابرا الكفيل فلانه وكله بابرا غيره عن الدين
لا بابرا نفسه فان براة الكفيل لا توجب براة الاصيل والتوكيل بابرا الغير جايز واما اذا وكل
الكفيل بابرا الاصيل فلانه وكل الكفيل بابرا ما عليه تبعا لغيره وهو براة الاصيل ولو وكله بابرا ما
عليه مقصودا جاز فهذا اولى وكذلك عبد عليه دين امر رب المال ان يبريه المولى لانه امر
المولى بابرا غيره ولو امر بابرا نفسه صح فهذا اولى وقيل هذا اورد سوالا وجوابا في ابرا النفس
فقال فان قيل الوكيل من يكون عاملا لغيره وهو عامل لنفسه قيل له ان كان عاملا لنفسه
من حيث انه يبرئ ذمته من الدين فهو عامل لرب المال من حيث انه يسقط دينه عن نفسه
فيصلح وكيلا من حيث انه يعمل لرب المال ان كان لا يصلح من حيث انه يعمل لنفسه وقد ورد
الامر بهذا فان الشرع ورد بتخيير المراة في باب الطلاق والمخيرة فيما تختار نفسها عاملة
لنفسها من وجه ولزوجها من وجه والباقي يعلم في شروح الجامع الكبير قوله لم يكن وكيلا
في ذلك ابدا اي قبل براة الكفيل وبعدها قوله فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو
العمل للغير قوله فيتقدم بانعدام لازمته اي ينعدم التوكيل يعني لا يصح بانعدام لازمة
التوكيل وهي قبول قول الوكيل لان الملزوم ينتفي بانتفا اللازم قوله ضمن قيمته للغرما
اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سوا كان موسرا او معسرا قوله فلو وكله الضمير راجع الى المولى
لما بيناه وهو انه يصير عاملا لنفسه لانه مبرئ نفسه قوله قال ومن ادعى انه
وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم ثم امر بتسليم المال اليه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا ويرجع به على الوكيل
ان كان باقيا في يده والامر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الامام الشافعي رحمه الله لا يجبر
على التسليم كذا في شرح الاقطع وان ادعى انه وصي الميت فالصحيح انه لا يجبر بالتسليم اليه وحكى
الخصاف بضده لانه يلزم اسقاط ولاية القاضي التي تثبت بثبوت الموت وجه قولنا ان
المديون اقر للوكيل بحق وهو استحقاق القبض وليس فيه ابطال حق للغايب بل اقرار على
نفسه في خالص ماله فيصدق ويجبر على التسليم اذا ابى كما اقر له بدين ثم ابى ان يدفع وكما
اذا صدقه في دعواه انه وارث الميت لا وارث له غيره فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض
الوديعة فان المودع اذا صدقه ثم ابى ان يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه قلت انما لم يجبر

المودع على التسليم لانه اقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلم يصح اقراره
في ملك الغير ولاجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في
ملك نفسه لا في ملك الغير لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وكان اقراره صحيحا فاجبر على الدفع
وليس كذلك اذا كذبه في الوكالة فانه لا يجبر على التسليم لانه لم يثبت الوكالة اصلا لا في حق الغايب
ولا في حق المديون وفي التصديق ثبتت الوكالة في حق المديون وان لم تثبت في حق رب
المال فاجبر على الدفع كما اذا اقر ان صاحب الدين مات وهذا ابنه لم يثبت النسب في
حق صاحب الدين ومع هذا يومر بالدفع اليه لان النسب ثبت في حق المقر قال فان
حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا الى الموكل قال في شرح ادب
القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم ان يحلفه بالله ما قبض فلان بن فلان الفلاني
هذا المال بامرك ووكالتك لان الغريم يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف فان
حلف كان له ان يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل فياخذ ما دفع اليه ان كان قايما في
يده لان الوكيل اخذه للغير وذلك الغير قد اخذ حقه ثانيا فوجب للغريم رد ما قبضه لان
غرضه وهو براءة ذمته لم يحصل بالدفع اولا وان ضاع المال في يده ليس للغريم ان يرجع على الوكيل
لانه لما صدقه في الوكالة اعتقد انه امين في القبض ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانيا فلما
كان امينا كان محقا في القبض ثم لما اخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لاحد ان يظلم
غيره وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم وان نكل الطالب عن اليمين كان ذلك
بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لا على المطلوب ولا على احد غيره ثم الغايب اذا لم
يصدق الوكيل له ان يطالب الوكيل وقال بعض اصحاب الشافعي ان شا ضمن الوكيل
قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغريم لم يتغير بالدفع فكان
له اتباع الذمة فاما الوكيل فانما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه
فان قيل ان الوكيل قد اعترف انه قبض مال صاحب الحق وانه يتممه عليه قلنا اذا لم
يقبل قوله في الامانة بقي قبضه لمال غيره بغير امره فيضمن قيل له لما كذبه في هذا الاقرار سقط
حكم الاقرار وصار كانه لم يكن فلا يتعلق به حكم وقال الخصاف في ادب القاضي وان اقر الغريم بالدين
وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمينه على العلم لم يحلف عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يحلف بالله ما يعلم ان الطالب وكل بقبض ذلك منه وذكر في شرح ادب القاضي قول
محمد مع ابي يوسف ووجه قولهما ان الوكيل يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا جحد يستحلف ليقام
نكوله مقام اقراره ووجه قول ابي حنيفة ان اليمين انما تبتنى على خصومة متوجهة والخصومة لم تصح
لانه انما يكون خصما اذا ثبت كونه وكيلا ولم يثبت واليمين لا يستحق عليه الانسان من غير خصم
قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذه المسيلة في الحقيقة تبتنى على ان
النكول بدل واقرار فعندهما اقرار فكل ما يعمل فيه الاقرار يعمل فيه النكول ولو اقر المطلوب بان
هذا الرجل وكيل الطالب فانه يصح منه ويجبر على الدفع وكذلك يحلف اذا نكل يجبر على الدفع
اليه وعند ابي حنيفة النكول بدل فما لا يعمل فيه البدل لا يعمل فيه النكول وبدل المطلوب الوكالة
بهذا المعنى لا يصح واذا لم يصح فيه البدل لا فايدة في النكول الذي هو بدل فلا يحلف قال الا ان يكون
ضمنه عند الدفع هذا استثنا من قوله وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه اي اذا ضاع المال
في يد الوكيل لا يرجع المطلوب عليه اذا اخذه الطالب منه ثانيا الا اذا جعل المطلوب الوكيل

منا منا

ضامنا عند الدفع اليه وقال اضمن لي ما دفعت اليك حتى اذا اخذ مني الطالب ثانيا آخذ ما دفعته
اليك منك فح يرجع على الوكيل وان كان صدقه على الوكالة وذلك لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب
الدين في زعم المديون والوكيل لان اخر الدينين يكون قضا عن الاول فكان التضمين كفالة مضافة
الى حال قبض رب الدين ثانيا فيصح الكفالة كما اذا كفل بما ذاب على فلان اي بما يجب عليه
فانها كفالة مضافة الى وجوب في المستقبل فكذا هذه كذا فهم قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجع به عليه الغريم
لانه قبضه بغير حق وكان مضمونا عليه ان كان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه لانه
دفع اليه على ظن انه وكيل فاذا اخلف ذلك الظن ظهر انه لم يكن راضيا بقبضه وان صدقه
ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانه يزعم ان قبضه وقع بحق فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ
الاسلام الاسبيجابي قوله فصدقه الغريم اي المديون قوله بتسليم المال اي الدين وفي اكثر النسخ
قال بتسليم الدين قوله خالص ماله اي مال المديون قوله انكر الوكالة اي انكر الموكل قوله والقول
في ذلك اي في انكار الوكالة قوله مع يمينه اي قول الغايب وهو منكر الوكالة قوله ويرجع به على
الوكيل اي يرجع المديون بما ادى الى الوكيل على الوكيل قوله فله ان ينقض قبضه اي فللمديون
ان ينقض قبض الوكيل قوله مضمون عليه اي على رب الدين قوله في زعمهما اي في زعم
المديون والوكيل قوله الى حالة القبض اي قبض رب الدين ثانيا قوله ولو كان الغريم
لم يصدقه على الوكالة هذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه ايضا لان صورة التكذيب تجي بعد هذا عند
وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة قوله على ادعايه اي على دعوى الوكيل قوله
وهذا اظهر اي رجوع الغريم على الوكيل في صورة الدفع مع التكذيب اظهر من رجوعه عليه
في الصورتين الاوليين وهما اذا دفعه مع التصديق والتضمين واذا دفعه من غير تصديق
ولا تكذيب لانه لما ثبت الرجوع فيهما مع عدم التكذيب فمع التكذيب اولى لان الوكيل في حق
المديون كالغاصب قوله لما قلنا اشارة الى قوله دفع اليه على رجا الاجازة فاذا انقطع رجاوه
رجع عليه قوله وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب ذكر هذا تفريعا
على مسيلة القدوري واراد بها الوجوه الاربعة المذكورة وهي الدفع مع التصديق بلا تضمين والدفع
بلا تصديق ولا تكذيب والدفع مع التكذيب قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا ادعى الرجل
ان فلانا وكله بقبض دينه على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم اراد ان يسترد
منه لم يكن له ذلك لانه دفعه على وجه القضا قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرحه
اشار الى المعنى وهو ان الدفع وقع على احتمال ان يصير قضا فما لم يبطل هذا الاحتمال لا يبطل
ولهذا قلنا انه لو دفع الدين الذي عليه الى انسان على رجا ان يجيز المالك لم يكن له ان يسترده
منه الان لا يجيز المالك لان الدفع متى كان لغرض لا ينقض مع احتمال حصول الغرض قوله لان المودي
صار حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا بيان كونه حقا للغايب ظاهرا فيما اذا كان الوكيل عدلا ظاهر
العدالة فيكون صادقا في قوله اني وكيل فلان فيكون ما اخذه حقا للغايب بالنظر الى الظاهر
وبيان كونه حقا للغايب محتملا فيما اذا كان الوكيل فاسقا او مستورا لان قوله يحتمل الصدق او نقول
كونه حقا للغايب ظاهر فيما اذا وجد التصديق من رب المال بعد الدفع الى الوكيل والتصديق
هو الظاهر لان المسلم لا يكذب المسلم ظاهرا وكونه حقا له محتملا فيما اذا وجد التكذيب من رب المال
لانه يحتمل ان الوكيل صادق في قوله وما اخذه حق للغايب قوله ولان من باشر التصرف لغرض

ليس له ان يقتضيه مالم يقع الياس عن عزمه وذلك لانه لا يجوز ان يسعى الانسان في نقض ما تم من جهته لانه عبث وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته قوله ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اقراره وقع في مال الغير وهو لا يملك ذلك بخلاف ما اذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يؤمر بالتسليم لان اقراره في خالص ماله وقد مر البيان قال القدوري في كتاب التقريب وروى الحسن عن ابي يوسف انه يجبر على الوضع ثم اذا اخذ الوكيل الوديعة فجا الغايب فصدقه في الوكالة برئا جميعا وان انكر الوكالة فقال ما وكلتك وحلف على ذلك كان له ان يضمن المودع فاذا ضمنه فان كانت العين قايمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فان كانت ضاعت في يده فهل للمودع ان يرجع عليه فهو على وجوه احدها ان يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه لان في زعمه ان الوكيل محق في الاخذ ولكن الموكل ظلم بالاخذ ثانيا بالتضمين والمرء مؤاخذ بزعمه والثاني ان يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغايب فله الرجوع لان ذلك ضمان معلق بشرط وهو جايز عندنا فاذا ضمنه الغايب رجع على الوكيل لاجل ضمانه والثالث ان يدفع مع التكذيب فاذا ضمنه الغايب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه انه اخذه بغير حق والرابع ان يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغايب كان له الرجوع ايضا لان الدفع كان على رجا الاجازة من الغايب فاذا انقطع الرجا رجع على الوكيل قوله ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه ذكره تفريعا على مسيلة القدوري وذلك لان تصديقه لم يقع في ملك الغير لان المودع لم يبق اهلا للملك لان الموت ينافي اهلية الملك وقد اتفقا على ان المال مال الوارث فلا جرم يؤمر المودع جبرا بتسليم المال الى الوارث وقوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فوه الى في اي مشافها يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه قوله ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه وذكر هذه المسيلة ايضا تفريعا على مسيلة القدوري ولهذا لم يذكرهما في البداية وذلك لان تصديق المودع المشتري في دعوى الشرا اقرار منه بانتقال الملك من الغير الى الغير ولا يصح الاقرار بملك الغير لان صاحب المال ما دام حيا كان اهلا للملك فلا يصدق المودع والمشتري في دعوى البيع على رب المال بخلاف المسيلة الاولى فانه لما صدقه في دعوى الارث لم يقع اقراره في ملك الغير لان الميت ليس باهل للملك قوله فلا يصدقان اي مدعي الشرا والمودع المصدق عليه اي على المودع قوله فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه وهذه من مسايل الجامع الصغير في البيوع وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يكون له على الرجل المال فوكل وكيلا بقبض ذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال الى الوكيل ثم اتبع رب المال فاستحلفه الى ههنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لان الوكيل اثبت حق القبض والغريم بدعوى الايفا يريد ابطال حق الوكيل فلا يصدق على ذلك الا بحجة ولم يوجد وقد امكن

الجمع

الجمع بين الحقين حق الوكيل وحق الغريم يؤمر بالادا بلا تاخير الى تحليف رب الدين لقيام الحق في الحال ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه فان حلف مضى الادا وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض فان طلب الغريم يمين الوكيل بان الموكل لم يستوف لا يستحلف قال القدوري في كتاب التقريب وقال زفر احلفه على علمه فان ابى ان يحلف خرج من الوكالة ولنا ان الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفا كالوصي ولان الغريم يدعي الايفا على الموكل واليمين عليه فلم يجز النيابة فيها وجه قول زفر ان البينة لما جاز ان يسمع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز ان يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكما لو اقر سقط خصومته قوله ويتبع رب المال اي يتبع المديون رب الدين قوله لجانبه اي لجانب الغريم وهو المديون قوله ولا يستحلف الوكيل لانه نايب لان النيابة لا تجري في الايمان قوله وان وكله بعيب في جارية فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري وهذه من مسايل البيوع في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله فيمن اشترى جارية فطعن بعيب فوكل وكيلا فغاب وقال البايع قد رضي المشتري قال هذا لا اردها حتى يحضر المشتري فيحلف الى ههنا لفظ اصل الجامع الصغير والفرق بين هذه المسيلة وبين المسيلة الاولى حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تاخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسيلة لا يرد المبيع على البايع بل يؤخر الامر الى ان يحضر المشتري فيحلف انه ما رضي بالعيب ان التدارك في مسيلة الدين ممكن اذا ظهر خطا القاضي وصدق الغريم بان ينكل رب الدين عن اليمين باسترداد ما قبض القابض منه وفي مسيلة الرد بالعيب اذا رد بالعيب لا يمكن التدارك بعد ذلك اذا ظهر خطا القاضي وصدق البايع لان قضا القاضي في الفسوخ بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فكان القضا بالفسخ نافذا لازما فاذا سقط البيع ظاهرا وباطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى ان يحضر المشتري فيحلف حتى قال الولوالجي في شروح الجامع الصغير لما كان قضا القاضي بالشهادة الباطلة لا ينفذ عند محمد باطنا يرد على البايع بالعيب بلا تاخير كما في مسيلة الدين فكانت المسيلتان سوا لامكان التدارك فيهما واما عند ابي يوسف لو كان المشتري حاضرا فاراد ان يرد بالعيب يستحلف المشتري بالله ما رضي بهذا العيب نظرا للبايع سوا ادعى البايع ذلك او لم يدع واذا كان المشتري غايبا وعجز البايع عن استحلافه لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف نظرا للبايع ايضا وصيانة للقضا عن البطلان اذا ظهر خطا القاضي بنكول المشتري عن الحلف وهذا هو الاصح من قول ابي يوسف وهو المراد من قول صاحب الهداية وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين اي في مسيلة الدين ومسيلة الشرا نظرا للغريم وللبايع وقيل يحتمل ان يرد المبيع بالعيب عند ابي يوسف بلا تاخير كما قال محمد لامكان التدارك قوله ممكن هنالك اي في مسيلة الدين قوله عند نكوله اي نكول رب الدين عن اليمين على انه لم يستوف الدين قوله وفي الثانية اي في المسيلة الثانية وهي مسيلة الرد بالعيب قوله لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا لان قضا القاضي في العقود والفسوخ بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد من نفاذه ظاهرا ان يثبت فيما بيننا ومن نفاذه باطنا ان يثبت فيما بينه وبين الله تعالى وقد مر بيان ذلك قبيل باب التحكيم من كتاب

ادب القاضي قوله لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري اي لان ابا يوسف يعتبر النظر
للبايع يعني انه يستحلف المشتري نظرا للبايع ادعى البايع رضا المشتري ام لا فاذا كان المشتري
غايبا ينتظر هو الى ان يحضر فيحلف للنظر للبايع ايضا فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا
نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر وقوله حتى يستحلف بالرفع لان حتى للحال
قوله قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة اي قال في الجامع الصغير ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة اي يكون العشرة
التي حبسها عنده له بالعشرة التي انفقها من خاص ماله ولا يكون متبرعا في العشرة التي
انفقها ولا يرد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد في الاصل مسيلة الانفاق بل ذكر
مسيلة قضا الدين فقال في كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها
الى فلان قضا عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي حبسها
الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه
الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقالوا في شروحه
هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل وان كانتا لا تتعينان في عقود
المعاوضات عندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الانفاق او قبل الشرا بها في التوكيل بالشرا
بطلت الوكالة فاذا انفق بعشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له ان يرجع على الموكل
ولانه خالف الامر فيرد مال الموكل لان الموكل امره بان ينفق من المال الدافع لا من مال نفسه
فلما انفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا وجه الاستحسان ان التوكيل بالانفاق توكيل
بالشرا لان معنى الانفاق شرا ما يحتاج اليه والوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من مال نفسه كان
له ان يرجع به على الموكل واذا ظفر بجنس حقه من مال الامر كان له ان ياخذ واذا كان للوكيل حق
الرجوع وحق الاخذ وحق الاخذ اذا ظفر بجنس حقه وقد ظفر بذلك كانت تلك العشرة المحبوسة
عنده له بالعشرة التي انفقها ولان الوكيل بقضى دينا كان مطالبا به لانه ربما يخاصم في وقت
لا يكون الدراهم بحضرته فيحتاج الى ان يدفع من مال نفسه فكان من طريق الدلالة كان الموكل
امره بان ينفق من مال نفسه فاذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا
فيما فعل كالوصي اذا قضى دين الميت من مال نفسه او الوارث قضى دين الميت بغير اذن
الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح الجامع الصغير من المشايخ
من قال مسيلة كتاب الوكالة في قضا الدين وليس في قضا الدين معنى الشرا فورد فيه القياس
والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة اما الانفاق فشرا فلم يختلف فيه وجه القياس
والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا
واستحسانا وهذا معنى قول صاحب الهداية وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين
لانه ليس بشرا واما الانفاق بتضمن الشرا فلا يدخل خلافه اي لا يدخل القياس والاستحسان
في الشرا بل يكون حكمهما واحدا ولا يكون الوكيل متبرعا في الانفاق من مال نفسه قوله والحكم
فيه ما ذكرنا اي الحكم في الوكيل بالشرا ان يرجع على الموكل بما ادى قوله وقد قررناه اي في
باب الوكالة بالبيع والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا من ماله وقبض المبيع فله ان
يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى

فلان

فلان قضا عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس ان يدفع الالف التي احتبس الى
الموكل ويكون متطوعا فيما دفع لانه لم يامره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت
جهة قضا الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكن استحسن ان اجيزه لان المامور بقضا الدين
مامور بشرا ما في ذمة الامر بالدراهم الوكيل بالشرا اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم
المقبوض له والله اعلم

باب عزل الوكيل

اخر العزل عن الوكالة لما انه يقتضي
سبق ثبوتها فناسب ذكره اخرا وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الوكالة حق الموكل فله ان يبطل حقه متى شا الا اذا كانت الوكالة
بطلب الخصم فليس له ان يعزله بلا رضا الخصم ليلا يلزم ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام
علي بن محمد علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا وكله بالخصومة فله
ان يعزله متى شا لان التوكيل استنابة فاذا عزله فقد تبين انه استغنى عنه فيملك ذلك
الا في خصلة واحدة وهو ان يكون الخصم قد اخذه حتى جعل له وكيلا في الخصومة فلا يكون
له ان يخرجه منها الا بمحضر من الخصم في قول ابي حنيفة وابي يوسف وصورته ان يقول
له اني اخاف ان تغيب فوكل وكيلا ان غبت اخاصمه فيقضي لي عليه فقد تعلق بها
حق الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد
بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال وللموكل ان يعزل وكيله متى شا ويكون
بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير فاما اذا تعلق بوكالته حق الغير
فلا يملك الموكل عزله بغير رضا من له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه او وضعه
عند رجل عدل وجعل المرتهن او العدل مسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الراهن المسلط
على البيع فانه لا يصح عزل المدعى وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس
المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى فلا ينعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير
قوله بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي قوله قال فان لم يبلغه
العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي
ينعزل الوكيل قبل بلوغ الخبر اليه في اقيس القولين كما ينعزل ببيع الموكل واعتاقه وينعزل
بعزله نفسه كذا في وجيزهم وجه قوله انه يتصرف في خالص حقه فلا يعتبر علم الوكيل كما
في العزل الحكمي ولنا انه نهي بعد الامر فيشترط فيه العلم كنهي صاحب الشريعة ليلا يلزم
التغرير والفقه فيه انه يلزم الوكيل الضرر في عزله بلا علمه لانه ربما يتصرف بعد ذلك
بيعا وشرا فينصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشرا
ومن تسليم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع ثم اذا نقد او سلم يضمن ما تصرف لانه فعله بعد
العزل وهذا ضرر لا محالة فقلنا لا يصح العزل قبل بلوغ الخبر دفعا للضرر بخلاف العزل
الحكمي لانه كم من شي يثبت ضمنا وعلى ولا يثبت قصدا كتعيين احدا عدا د الكفارة فانه
لا يتعين قصدا ويتعين في ضمن المباشرة فيضمنه اي يضمن الوكيل ما نقد من الثمن
وما سلم من المبيع اذا صح عزله قوله ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول
يعني ان العزل لا يصح قبل علم الوكيل اصلا والوكيل بالنكاح وغيره سوا نظرا الى الوجه
الاول وهو الاضرار بالوكيل من حيث ابطال ولاية الوكيل وكذا عزل الوكيل بالطلاق
لا يصح من غير علمه ذكره في باب المشيئة من طلاق مختصر الكافي قوله وقد ذكرنا اشتراط

العدد او العدالة في المخبر اشار به الي ما ذكره في فصل القضا بالمواريث من كتاب ادب القاضي
بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله اعلم ان الوكالة يثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان
او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر
الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين وعلى هذا الخلاف اعتاق العبد الجاني بعد
الاخبار بالجناية وصيرورته مختارا للفدا وسكوت الشفيع والبكر وقد زوجها الولي ومن اسلم
في دار الحرب فاخبر بالشرايع وحجر العبد المأذون وقد مر جميع ذلك في فصل القضا
بالمواريث لهما انه من باب المعاملات فيستوي فيه الواحد عدلا كان او فاسقا كما في
جانب الاذن ولابي حنيفة رحمه الله ان الاخبار بالعزل والحجر يشبه الاخبار بالوكالة من
حيث انه تصرف في ملك نفسه ولهذا لم يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضا
وفيه معنى الالزام ايضا لانه يلزمه الامتناع من التصرف شا او ابى فاشبه الشهادة
فلو كان فيه معنى الالزام من كل وجه لروعي فيه شرايط الشهادة جميعا فلما كان
فيه معنى الالزام من وجه دون وجه روعي فيه احد شطري الشهادة العدد والعدالة
والتوكيل ليس فيه الزام من وجه لانه على خيرة ان شا تصرف وان شا ابى فلم يراع
فيه شي من شرايط الشهادة وكذلك الرسول لم يشترط فيه شي من شرايط الشهادة لان
الرسول قايم مقام المرسل فصار كان المرسل شافهه بالعزل فلم يعتبر صفات الرسول
وياتي البيان مر في فصل القضا بالمواريث واورد القدوري في كتاب التقريب سوالا
وجوابا فقال لا يقال فلم جاز قبول خبر اثنين غير عدلين قلنا لان عدد المخبرين له تاثير
بدلالة ان خبرهم قد يفضي الي العلم مع عدم العدالة قوله وتبطل الوكالة بموت الموكل
وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان كل تصرف ليس له دوام يجعل لدوامه حكم الابتدا لانه بسبيل من الفسخ والنقض
في كل ساعة فاذا امتنع عن الفسخ صار كانه انشا العقد ثم لما كان للدوام حكم الابتدا وقيام
الامر شرط حالة الابتدا فيكون شرطا حالة البقا ايضا وقد بطل الامر بعارض الموت
والجنون المطبق واللحاق بدار الحرب فيبطل التوكيل لانه لا يكون بدون الامر قال في التتمة
والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعزل
في باب الرهن والامر باليد للمراة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة
بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا
ولا ينعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علا الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في اوايل
كتاب الوكالة من شرح الكافي واذا وكل الرجل وكيلا في خصومة او بيع او شرا شي كان له ان
يخرجه من الوكالة لان التوكيل صح بحق الموكل فكان له ابطاله فان لم يخرجه حتى ذهب عقل
الموكل زمانا دايما فقد خرج الوكيل من الوكالة لان بقا النيابة يستدعي بقا اهلية المنوب
عنه فقد بطلت وهذا في شي يقبل العزل فاما في شي لا يمكنه عزله فلا تبطل مثل الامر باليد
وما اشبهه لان هذا تصرف لازم لا يحتاج الي التجديد فلا يشترط بقا الاهلية بخلاف التصرف
الجايز لانه يتلاشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤه اهلا ولو كان ذهب عقله ساعة او من
ساعة ثم افاق فالوكيل على وكالته لان هذا العارض لا دوام له فاشبه النوم والاغما

ثم اختلفوا

ثم اختلفوا فقال ابو يوسف لا ينعزل الوكيل حتى يجن اكثر السنة لانه التحق بالميت في حق اكثر
احكام الشرع وقال محمد حتى يجن شهرا لانه يسقط عنه الصوم وقال اخيرا حتى يجن سنة كاملة
حتى يسقط جملة التكاليف والوظايف وكل ذلك للاجتهاد فيه مساغ الي هنا لفظ شيخ
الاسلام الاسبيجابي رحمه الله وقال الناطفي في الاجناس وقال ابن سماعة في نوادره
قال محمد في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة ثم يخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى
يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة وقال في الفتاوى الصغرى في كتاب النكاح وتفسير
الجنون المطبق عند ابي يوسف اكثر السنة وفي رواية عنه اكثر من يوم وليلة حكى هذه
الرواية عن ابي يوسف ابو بكر الرازي وجعل الشهر قول ابي حنيفة وقال في الواقعات
الحسامية في باب البيوع الجايزة لعلامة الواو والمختار ما قاله ابو حنيفة انه مقدر بالشهر
لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل فكان طويلا
وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا ذهب عقل الموكل زمانا خرج
الوكيل من الوكالة فيما لا اخراجه منه ولو ذهب عقله ساعة فالوكيل على وكالته واجعل
هذا كالنوم ولا اقيسه بالاول وهما في القياس سوا والاستحسان في الجنون ساعة ذكره
في باب وكالة المكاتب وفي الوكالة في الطلاق ذكر الاستحسان في المتطاول وليس
بقصير وعن ابي يوسف انه لا ينعزل حتى يجن اكثر السنة وروي عن محمد يوم وليلة
ثم رجع فقال شهر ثم رجع فقال سنة وذكر ابو الحسن في حد الجنون المطبق عند
ابي يوسف شهرا قال اي قال القدوري قال ابو الحسن قال وروي بن سماعة
عن محمد انه كان يقول بهذا ثم رجع فقال لا يكون مطبقا الا حولا كاملا ووجه القياس
في الجنون اليسير ان التكليف يسقط فيه لعدم العقل فصار كالصغر وليس كذلك الاغما
والنوم لان العقل لا يزول بهما وانما يحدث امر يمنع من الاستدراك واما الاستحسان
فروي عن محمد يوم وليلة لانه يسقط الصلاة وما دونه لا يوثر فصار كالنوم ثم رجع
فقدره بشهر لانه يسقط الصلاة والصوم فيصير كالصغر ثم رجع فاعتبر السنة لانه يسقط
الصيام والصلاة والزكاة والحج فصار كالموت والصغر فيولى عليه واما ابو يوسف فاعتبر
اكثر الحول لانه يحكم له بجميع الحكم والاقل كالتابع الا ترى ان من دام به جنون فانه قد يفيق
في السنة اليوم واليومين فلا يعتد بذلك وقد قال محمد فيمن اوصى ثم جن بطلت
وصيته لان الجنون يبطل الامر كما يبطل الوكالة وليس كذلك الموت لانه لا يبطل الامر الي هنا
لفظ القدوري في كتاب التقريب ولم يذكر الناطفي والقدوري وشيخ الاسلام علا الدين قول
ابي حنيفة في الجنون المطبق كما ترى ولكن ذكر في الواقعات والفتاوى الصغرى
انه شهر عنده وجنونه مطبق بسكون الطا وكسر البا اي دايم ومنه تسمية الاطبا
الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة قوله لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه
حكم الابتدا لا يقال البيع بشرط الخيار تصرف غير لازم ايضا ومع هذا لا يبطل باعتراض
الموت بل يتقرر ويبطل الخيار فعلم ان كون التصرف غير لازم لا يستلزم ان
يكون لدوامه حكم الابتدا لانا نقول الاصل في البيع اللزوم وعدمه بعارض
الخيار فاذا مات يتقرر الاصل ويبطل العارض قوله وقد يبطل بهذه العوارض
اي يبطل امر الموكل بموته وجنونه مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا قوله قالوا الحكم

المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله اي قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري
قول ابي حنيفة اما عندهما فلابد من حكم القاضي باللحاق لان المرتد وان كان يلحاقه باهل
الحرب حربا علينا وهم اموات في حقنا شرط الحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق لانه
ليس بمستقر قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره القدوري
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو على وكالته ما لم يمت او يقتل او يحكم بلحاقه والمسئلة
فرع على اختلافهم في جواز تصرف المرتد وزوال ملكه فعند ابي حنيفة يزول ملكه زوالا
مراعى وعندهما لا يزول ملكه وهو عند ابي يوسف بمنزلة من عليه القود وعند محمد
بمنزلة المريض فاذا حكم بلحاقه زال ملكه وصار كالميت قوله وقد مر في السير اي مر كون
تصرف المرتد موقوفا او نافذا في السير في باب احكام المرتدين عند قوله وما باعه او
اشتراه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف قوله لان
ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف لان المرتدة لا تقتل عندنا لان علة القتل الحراب
ولم يوجد لانه ليس لها بنية صالحة للحراب قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون
له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل او لم يعلم وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح المختصر وذلك لان الوكيل
يتصرف من طريق الامر وقد بطل امره لانه لا امر له في المال فبطلت الوكالة علم الوكيل او لم يعلم
لانه عزل من طريق الحكم فلا يعتبر فيه العلم كالموت ثم قال الشيخ ابو نصر وهذا الذي
ذكره القدوري جميعه جار على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب
نظر الى هذا اللفظ يعني ان احد شريكي العنان والمفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا
بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن ذلك خلاف الرواية الا ترى الى ما قال
محمد في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك
ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا
يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على
الاخر وليس تفرقهما بنقض للوكالة الى هنا لفظ محمد في باب وكالة احد المتفاوضين
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة
من المضاربة والشركة واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا في شيء هو وليه ثم تفرقا واقتسما
واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما جميعا
لان فعل الشريك ينفذ عليهما في التصرف في حقوق عقد باشره من القبض والتسليم
ونحوهما في حالة الشركة وبعد الفسخ لما عرف ان حقوق العقد يكون راجعة الى من ولي
العقد كانه هو الاصل في العقد في حق من يعاقده فمتى بقي وليا بعد المفارقة بقي وكيله
هكذا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الاخر وليس تفرقهما نقضا
للوكالة لان اثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها احدهما قبل ذلك الى هنا
لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله والعجب من صاحب الهداية انه ابهم الامر
ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة
الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد
الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة

وقال شيخ الاسلام

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي في باب وكالة العبد المأذون
والمكاتب واذا حجر المولى على عبده او عجز المكاتب عن مكاتبته انقطعت وكالة وكيله
الا في القضاء والتقاضي في كل شيء وليه العبد لان الوكيل يتصرف بولايته وولايته قد
بطلت بالحجر والعجز في التصرفات اجمع الا في حقوق عقد باشره في حالة الاذن فكذا
ولاية وكيله وان باعه باذن الغرماء او مات بطلت ولاية وكيله في جميع ذلك لانه
انما يبقى ولايته في حقوق العقد ان لو امكن ابقاء الاذن فتعذر فيجعل الحجر كلا
حجر فيما يتعلق حق الغير به وانما يستقيم هكذا في ملك نفسه لا في ملك غيره
او في حالة الحياة لا في حالة الموت وليس لمولاه اذا غاب العبد ان يتقاضى دينه
ولا يوكل بذلك ان كان عليه دين او لم يكن لان حقوق العقد ترجع الى العاقد لا الى غيره
فان اقتضى شيئا مع هذا او وكيله فهو جائز ان لم يكن على العبد دين لان العبد يقبض
له فاذا قبض بنفسه فقد رفع الواسطة فصح وان كان عليه دين لم يجز لان العبد
لا يقبض لمولاه وانما يقبض لغرمائه وكذلك الوديعة والمضاربة والبضاعة وما اشبهها
قوله قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الوكيل يتصرف بامر المنوب عنه وامره يبطل بموته
وجنونه فلا يصح تصرفه قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف حتى
يعود مسلما هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الوكيل اذا عاد مسلما تعود
الوكالة عند محمد وعند ابي يوسف لا تعود الوكالة حتى يجددها كما في الموكل اذا
عاد مسلما حيث لا تعود الوكالة بالاتفاق وهذا هو المشهور في عود الموكل وروي
عن محمد في سير الكبير ان الوكالة تعود وجه تلك الرواية ان الوكالة بطلت لزوال ملك
الموكل فاذا عاد مسلما عاد ملكه الاول فوجب ان تعود بحقوقه كما قالوا فيمن وكل
رجلا ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل الوكيل فان رد على الموكل بعيب بقضاء قاض عادت
الوكالة لان الملك الاول عاد فعاد بحقوقه وجه قول ابي يوسف اذا قضي بلحاقه
فقد قضي بالحاقه بموته والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطلت والباطل لا يعود بخلاف املاكه
فانها قائمة بعد الموت فجاز ان تعود ولان اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فاذا طرأ عليها ابطلها
كالجنون ووجه قول محمد ان عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب لا باعتبار انه انعزل
لا باعتبار ان الامر لم يتناول تلك البقعة كمن قال لغيره بع ثوبي ببغداد فاخرجه
منها لم يجز بيعه فاذا عاد جاز بيعه فكذلك ههنا ولان الوكيل ليس بميت حقيقة الا
انا الحقناه بالاموات لانقطاع ولاية التصرف وهذا العارض بعرض الزوال فاذا زال
ظهر حكم الاصل فشابه الجنون وليس كذلك اذا لحق الموكل بالدار ثم عاد مسلما حيث
لا تعود الوكالة على ما هو المشهور لان ذلك يوجب زوال املاكه والوكالة كانت
متعلقة بعين المال فلم يجز بقاؤها مع زوال الملك فيه والوكيل ليست وكالته بما يملك
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول الباب من كتاب الوكالة
ثم قدر مدة اللحاق باقل من سنة قال ان بقي اقل من سنة ثم عاد يعود الوكالة لانا
تبيناها على احتمال ان يعود فاما اذا بقي اكثر من سنة ثم عاد لا يعود الوكالة لان
احتمال العود قد بطل بالحول ظاهرا وغالبا فصار كالجنون اذا كان اقل من سنة لا

تبطل الوكالة واذا استوعب السنة تبطل الى هنا لفظه رحمه الله في شرح الكافي قال القدوري
في كتاب التقريب قال محمد الاترى ان الموكل لو كان قال للوكيل وكلتك ببيع هذا في دار الحرب
فارتد ولحق جاز بيعه فدل ان المنع من التصرف ليس هو لاجل العزل ولكن الامر لم يتناول
تلك البقعة ثم قال القدوري وهذه مسيلة لا نعرفها من مذهب ابي يوسف فلا معنى
لالزامه قوله وهذا عند محمد اي جواز تصرف الوكيل اذا عاد مسلما مذهب محمد رحمه الله
قوله لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قايمة به الى اخره
معناه ما قال ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار بقوله لان الوكالة
اطلاق التصرف فانه يتصرف بحكم اهليته منع من التصرف لحق الغير فاذا وكله فقد
فتح عليه باب التنفيذ وقد عجز عن التنفيذ بسبب اللحاق بدار الحرب فاذا عاد
مسلما يمكن لان الباب الذي انفتح عليه لم ينسد ولكنه عجز وقد ارتفع العجز وهذا
بخلاف الموكل لان الاهلية قد بطلت فتبطل الوكالة كما لو جن قوله ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ قال في الاشارات وابو يوسف يقول بان التوكيل تمليك
فانه من قبل لم يملك التنفيذ وانما ملك بالوكالة ودلالة كونه تمليكا للتنفيذ ان هذا
المعنى يعتمد الملك بالاتفاق فلا يصح من غير المالك فاذا ثبت انه تمليك نقول املاكه
تبطل باللحاق ولا يعود الا فيما يحتمل العود وهو ما يثبت للورثة وهذا لا يحتمل العود
فسقط بخلاف الجنون فانه لا يبطل الاملاك ولكنه يعجز عن التصرف الى هنا لفظ
الاشارات قوله قال ومن وكل اخر بشي ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت
الوكالة اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا اللفظ ينتظم وجوها
مثل ان يوكل باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزوج
امراة او شرا شي ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت
عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت
الوكالة واراد بقوله شرا شي بعينه حيث يكون مباشرته بنفسه عزلا للوكيل وانما
قيد بقوله وانقضت عدتها لانه اذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها كان
للوكيل ان يطلقها ما دام في العدة بخلاف ما اذا طلقها بنفسه ثلاثا حيث لا يكون للوكيل
ان يطلقها بعد ذلك لا في العدة ولا بعدها قال في شرح الطحاوي والعزل الحكمي لا يحتاج
الى معرفة الوكيل وينعزل سوا علم الوكيل ولم يعلم نحو ان يموت الموكل او يوكل وكيلا
ببيع عبده ثم ان الموكل اخرج العبد من ملكه قبل ان يبيع الوكيل او دبره او كاتبه او
رهنه لرجل انعزل الوكيل علم الوكيل به او لم يعلم وكذلك اذا وكل رجلا بان يخلع امراته
ثم طلقها الزوج طلاقا باينا انعزل الوكيل ولو ان العبد عاد الى ملك الموكل ينظر ان
عاد الى ملكه فسخا عادت الوكالة وان عاد بحكم ملك جديد لم تعد الوكالة الى هنا
لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع
عبد له ثم ان الموكل باع العبد او دبره او كاتبه او وهبه او تصدق به او رهنه وقبض منه
او اجره او كانت امة فوطيها فولدت او لم تلد فان ذلك كله نقض للوكالة ما خلا الوطي
اذا لم تلد وما خلا الاجارة والرهن وكذلك الخدمة ليس بنقض للوكالة قال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو باعها الامر او الوكيل ثم ردت

بعيب

بعيب بقضا قاض فللوكيل ان يبيعها لانه عاد قديم الملك فيها فعادت الوكالة وان قبلها
الموكل بغير قضا قاض بعيب او بغير عيب بعد القبض لم يكن للوكيل ان يبيعها لان الرد
هنا في حكم عقد جديد فكان العايد اليه ملك اخر فلا يعود الوكالة وان كان الرد بخيار شرط
كان للبايع او للمشتري او بعيب قبل القبض او بخيار رؤية فالوكيل على وكالته لان الرد ههنا
فسخ للعقد من الاصل وان رجعت الامة الى الامر بميراث او غيره بملك جديد لم
يكن للوكيل ان يبيعها لان الوكالة قد انتهت حيث تقرر موجب تصرفه فلا يعود
وكيلا الا بتوكيل جديد ولو وكله ببيع عبده ثم اذن له في التجارة او جنى عليه جناية
كان الوكيل على وكالته لان محل التصرف قايم مقام اعلم ان الخلاف لم يذكر في الاصل
ولا في الكافي ولا في شرحه فيما اذا رد العبد بعيب بقضا حيث كان للوكيل ان
يبيعه ولكن ذكر القدوري في شرحه خلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال قال
ابو يوسف ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد له ان يبيعه وجه ما روي عن ابي
يوسف ان الموكل لما تصرف فيه بنفسه صار ذلك عزلا للوكيل فلا تعود الوكالة الا
بالوكالة مستقبلة ووجه قول محمد ان الوكالة باقية لانها اطلاق الا انها عجز عن التصرف
بخروج العبد عن الملك فاذا عاد على حكم الملك الاول زال العجز فعادت الوكالة وليس
هذا كالتوكيل بالهبة اذا وهبه بنفسه ثم رجع حيث لا يكون للوكيل ان يهب لان
رجوع الواهب باختياره دليل على عدم حاجته الى هبة الوكيل فكان ذلك عزلا دلالة
قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في باب الوكالة في النكاح من شرح الكافي ولو وكله ان يزوجه
امراة بعينها فان لها زوج فمات عنها او طلقها وانقضت العدة ثم زوجها اياه الوكيل
جاز لانه امره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضا العدة فانصرف
التوكيل اليه وصار كانه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالات مما يقبل
التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل ولو تزوجها الموكل ثم ابانها لم يكن للوكيل ان
يزوجها اياه لانه حصل مقصوده بالتوكيل والامر فانتهى الامر ضرورة لانه لما فعله بنفسه
فقد عجزه عن التحصيل فصار ذلك بمنزلة العزل ولو تزوجها الوكيل ودخل بها ثم
ابانها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه جاز لانه لم يحصل مقصود الامر بعد وقد تبقى بعد
هذا العارض متصور الوجود فبقي الامر ولو ارتدت فلحقت بدار الحرب ثم
سبيت واسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس قول ابي حنيفة ولم يجز
في قول ابي يوسف ومحمد لانها صارت امة ونكاح الامة ليس بمعهود وغير
المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما ولو لم يكن كذلك ولكن الموكل تزوج
امها او ذات رحم محرم منها او اربعا سواها فقد اخرجه عن الوكالة لانه فعل
فعلا يعجز عن تحصيل ما امر به فصار عزلا دلالة وان لم يتزوج ولكنه قال ان تزوجها
فهي طالق فليس باخراج له من الوكالة وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي
في باب توكيل الزوج بالطلاق او الخلع ولو وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج فان
طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان محلية الطلاق لم ينعدم بتطليق الزوج
وكذلك لو خالعها الزوج فان لم يطلقها الوكيل حتى انقضت العدة فتزوجها فطلقها
الوكيل لم يقع لانه وكيل في الملك الاول وهذا غير الملك الاول ولو ارتدت او ارتد

الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لان محلية الطلاق تبقى ما بقيت العدة وقد روى
عن ابي حنيفة ان المرتدة وان كانت معتدة لا يقع طلاق الزوج عليها لان النكاح قد
ارتفع فيما بينهما بطريق الفسخ فصار كارتفاعه بساير وجوه الفسخ فعلى قياس تلك الرواية
ينبغي ان تبطل الوكالة وان لحق بدار الحرب مرتدا ثم طلق الوكيل وهي في العدة لم يقع
طلاقه عليها وكذلك ان عاد مسلما فزوجها لانه صار بمنزلة الميت فانعزل وكيله ضرورة
ولانه يسقط حكم العدة التي وجبت حقا للازواج لان الطلاق مشروع لرفع قيد ثبت
حقا للازواج وقد بطل ذلك وكذلك اذا ارتدت المراة لان عدتها سقطت بلحاقها
بدار الحرب ولم يبق محلا للطلاق وكذلك ان عاد مسلما او مسلمة فزوجها لان هذا ملك
جديد بغير الملك الاول الى هنا لفظ شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي **قوله** لانه مختار
اي لان الواهب مختار في الرجوع بالهبة **قوله** فكان دليل عدم الحاجة اي كان رجوع
الواهب مختارا دليلا على عدم حاجته الى هبة وكيله فكان عزلا عن الوكالة دلالة والله
اعلم

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة من انواع الوكالات وهي
سبب داع الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة
لان المسبب يقتضي سابقه السبب اعلم ان الدعوى مشروع بالكتاب والسنة
واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام واتيناه الحكمة
وفصل الخطاب وهل اتاك نبا الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود
ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط
واهدنا الى سوا الصراط قال في التيسير والكشاف عن علي رضي الله عنه في
تفسير فصل الخطاب انه البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهذا وان
كان شريعة من قبلنا يلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يرد النسخ والخصم الخصما
يقع على الواحد والجمع كالضيف وتسوروا المحراب اي تصعدوا سوره ونزلوا اليه
والسور الحايط المرتفع ولا تشطط اي لا تجر وسوا الصراط وسطه مثل لعين الحق
ومحضه كذا في الكشاف واما السنة فما روى محمد بن الحسن عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي واليمين
على من انكر وروى سماك بن حرب عن تميم بن طرفة انه قال اختصم رجلان الى النبي
عليه السلام في بعير واقام كل واحد منهما البينة انه بعيره فقسمه النبي عليه السلام
بينهما نصفين وروى عبد الرحمن بن ابي ليلى انه قال كنت قاعدا عند ابي الدردا اذ
اختصم اليه رجلان في فرس فاقام كل واحد منهما البينة انه نتج في ملكي وانه لم يبع
ولم يهب فقضى به بينهما وقال ما احوجنا الى سلسلة بني اسرايل كانت تنزل
فتاخذ بعنق الظالم وعلى هذا انعقد اجماع الامة ثم ينبغي لك ان نعرف تفسير الدعوى
لغة وشريعة وركنه وشرطه وحكمه اما تفسيره لغة فهي في اللغة عبارة عن اضافة
الشي الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعا ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيا اذا
اضافه الى نفسه بان قال هو لي ومنه دعوة الولد لانه يضيفه الى نفسه فيقول
ابني وفي عرف الشرع يراد به اضافة الشي الى نفسه في حالة مخصومة اي في حالة
المنازعة لا في حالة المسالمة ولهذا قال النبي عليه افضل الصلاه والسلام البينة على المدعي واليمين

علي من انكر

على من انكر فالبينة واليمين انما يحتاج اليهما في حالة المنازعة واما ركنه فما هو تفسيره لغة
وهو اضافة الشي الى نفسه لان ركن الشي ما يقوم به الشي والدعوى انما يقوم باضافة
المدعي الى نفسه فكان ركنا واما شرطه فمجلس القضا لان الدعوى لا يصح في غير مجلس
القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي وان يكون المدعي من اهل المعرفة
والتمييز شرط لصحته الا انه ليس بشرط خاص له بل يشترط لصحة الكلام دعوى كان او
غيره واما حكمه فوجوب الجواب على الخصم اما بنعم او بلا ولهذا وجب على القاضي احضاره
مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وحكم الشي ما يجب به فكان وجوب
الجواب حكما ثم اذا اجاب بنعم يجب ما اداه المدعي باقرار المدعى عليه وان قال
لا يقول القاضي للمدعي الك بينة فان قال لا يقول لك يمينه فان طلب المدعي
يمينه استحلفه فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل لزمه الدعوى والاصل في
ذلك ما روي ان الحضرمي والكندي اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال النبي عليه افضل الصلاة والسلام للمدعي منهما الك بينة فقال لا فقال لك
يمينه ليس لك غير ذلك كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر الحسن ابن الحسين المعروف بخواهر
زاده في مبسوطه وقال شيخ الاسلام علا الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في
شرح الكافي للحاكم الشهيد اعلم بان قطع الخصومة والمنازعة واجب عقلا وشرعا
والدعوي منازعة وخصومة وطريق قطعها البينة من جهة المدعي لانه يترجح
جهة الصدق في خبره بانضمام قول العدلين اليه واليمين من جهة المدعى عليه لانه يظهر
جهة الصدق في كلامه وعليه دل قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن الحسن باسناده
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام انه قال البينة على المدعي
واليمين على من انكر جعل البينة حجة جنس المدعين واليمين حجة جنس المنكرين وعن
ابراهيم قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وكان لا يرد اليمين وهو
مذهبنا الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المشايخ اختلفوا
في حد يمتاز به المدعي من المدعى عليه قال الشيخ الامام الفقيه محمد بن احمد الاسبيجابي
في شرح الطحاوي قال بعضهم ينظر الى المنكر منهما فايهما كان منكرا فالاخر مدع وقال
بعضهم كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا فهو مدع وكل من ادعى ظاهرا واقرار الشي على
هيئته فهو منكر كما اذا ادعى عينا في يد رجل وانكر صاحب اليد فالخارج مدعي لانه يدعي باطنا
ليزيل به ظاهرا لان اليد يدل على الملك في الظاهر لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق وصاحب اليد منكر
لانه يدعي قراره بيده وملكه على ظاهره وكذلك اذا ادعى دينا فهو المدعي لانه يدعي شغل الذمة
والذمة في الظاهر فارغة والاخر منكر لانه يدعي ظاهر الشي وهو فراغ الذمة وقال بعضهم
صورة المدعي هو انه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك وقال بعضهم
كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر
وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يده لغيره فهو مقر الى هنا لفظ
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال شمس الايمة في شرح الكافي للمدعي لغة من يقصد
ايجاب الحق على الغير وفي عرف اللسان يتناول من لا حجة له ويتناول من له حجة فان القاضي

بسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة يسميه محقا ويقال لمسيلمة مدعي النبوة
ولا يقال لرسول الله مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم على من لا حجة له عرفا
وقال بعضهم المدعي من يتمسك بما ليس بثابت والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت الا
ان التمسك من المدعى عليه بما هو ثابت تارة يثبت نصا وتارة يثبت اقتضاء اما نصا فكما
اذا ادعى عينا في يد اخر انه له فقال ذو اليد هو لي وليس لك كان ذو اليد منكرا والخارج مدعيا
لان الخارج ادعى ما ليس بثابت فان الملك له فيما ادعى لم يعرف ثبوته وذو اليد تمسك بما هو
ثابت نصا لانه قال هو لي فان الملك له ثابت بظاهر يده واما اقتضاء فكما اذا قال ليس لك لانه
لما نفى ملك المدعي بقي الملك له فكانه قال لي اقتضاء وكذلك ان ادعى على احد دينا وانكر
المدعى عليه كان صاحب الدين مدعيا لانه يدعي ما ليس بثابت فانه يدعي شغل ذمته وانه
ليس بثابت والاخر مدعا عليه لانه تمسك بما هو ثابت نصا ان قال ذمتي فارغة عن الدين
وان قال ليس لك علي دين اقتضاء لانه لم يكن عليه دين فان ذمته فارغة كما خلقت في
الاصل واذا اقر المديون بالديون الا انه ادعى الايفاء او الابراء كان المديون مدعيا وصاحب
الدين منكرا لان صاحب الدين تمسك بما هو ثابت باتفاقهما وهو شغل ذمته بالدين والمديون
بما ليس بثابت وهو فراغ ذمته من الشغل بعد ما ثبت الشغل فان قيل هذا يشكل بالمودع اذا
قال رددت الوديعة وقال رب المال لم ترد كان المودع منكرا حتى كان عليه اليمين
وصاحب المال مدع وصاحب المال تمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد والمودع ادعى
ما ليس بثابت وهو الرد فالجواب عنه ان المودع ان ادعى ما ليس بثابت من حيث
الصورة وهو الرد فقد تمسك بما هو ثابت من حيث المعنى وهو فراغ ذمته عن الضمان
فانه بما قال يدعي فراغ ذمته عن الضمان وفراغ ذمته عن الضمان اصل وصاحب
المال ان تمسك بما هو ثابت من حيث الصورة وهو عدم الرد فقد تمسك بما ليس بثابت
من حيث المعنى وهو شغل ذمة المودع بالضمان والعبرة للمعنى كذا قال شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه قوله اختلف عبارات المشايخ فيه اي في الفرق بين المدعي والمدعى
عليه قوله فمنها ما قال في الكتاب اي فمن جملة عبارات المشايخ ما قال القدوري في مختصره
قوله والمدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وهذا في معنى
قول بعضهم كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا فهو مدع وكل من ادعى ظاهرا او قرار الشي
على هيئته فهو منكر وقد مر بيان ذلك قوله وهذا صحيح اي الذي ذكره محمد بقوله المدعى عليه
هو المنكر قوله لكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر لانه اذا عرف ان احد المتخاصمين
منكر فالاخر مدع لا محالة والترجيح بالفقه اي ترجيح احد المعنيين على الاخر من كون الشخص
مدعيا او مدعا عليه بالنظر الى المعنى لا بالنظر الى الصورة لانه ربما يكون مدعا عليه معنى
وان كان مدعيا صورة كما اذا قال المودع رددت الوديعة وقد مر البيان وقال في الشامل
قيل المدعي من يثبت شيا والمدعى عليه من ينفيه ومما يشبه مسيلة المودع ما ذكر شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان كان الذي في يديه ادعى انه باعه من هذا
الرجل او اجره فهو المدعي وعليه البينة وعلى الاخر اليمين لانه يدعي عليه الاجر او الثمن وانه
ليس في يديه فيسمع بينته ويقضى بها ودعوى ايفاء الدين من المديون مثل هذا وقد
مر وكذلك لو ادعى اجلا لانه يدعي تاخير المطالبة بعد قيام سببها فكان عليه البينة

قال ولا يقبل

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان فايدة الدعوى الزام الخصم بالحجة والالزام انما يترتب على الدعوى اذا كانت صحيحة
لا فاسدة والدعوى الفاسدة لا يلزم المطلوب حكمها كما اذا ادعى انه وكله اذ للمدعى عليه
ابطال الوكالة اذا صحت الوكالة فكانت دعواها فاسدة وكذلك اذا ادعى شيئا مجهولا
لا يلتفت القاضي الى ذلك ولا يكلف المدعى عليه الجواب لانه ان انكر لا يصح اقامة البينة
عليها مع الجهالة وان نكل عن اليمين لا يمكن القضا بالمجهول فسقطت الدعوى فلما كان
كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة وهي بان يكون المدعي معلوما في جنسه كحنطة وقدره
كخمسة اقفزة ونحو ذلك قوله فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير
اليها بالدعوى هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا في الشهادة
والاستحلاف يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه على العين
المدعاة كلف احضارها وذلك لان الدعوى يشترط ان تقع في معلوم حتى يصح والمنقول
لا ينضبط بالوصف فوجب الاحضار ليقع العلم باقصى ما يمكن ويرتفع الاشتباه لان الاشارة
ابلغ في التعريف قوله ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور الى اخره يعني يتعلق بالدعوى
الصحيحة وجوب حضور الخصم مجلس القاضي على هذا القضاة من اخرهم في كل عصر
يعني اجمع القضاة على وجوب حضور الخصم من غير نكير حتى اذا قال المدعي لي على
فلان دعوى في حق فان القاضي يعديه الاترى الى ما قال في شرح ادب القاضي في باب
العدوى اذا تقدم الرجل الى القاضي وادعى قبل رجل حقا فان القاضي يعديه بمجرد
الدعوى فان القضاة يفعلون هذا ولم ينكر احد من الفقها فان ابن ابي ليلى كان يفعل
ذلك ولم ينكر عليه ابو حنيفة وعمر بن الخطاب فعله وعثمان وعلي فعلا ذلك
والتابعون بعد الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر ولا زجر زاجر
وهذا استحسان والقياس ان لا يعديه لان الدعوى خبر متردد محتمل بين الصدق
والكذب والمحتمل لا يكون حجة وفيه اضرار ايضا بالمدعى عليه لانه ينقطع عن اشغاله وربما
ينتقص جاهه بحضوره مجلس القاضي وجه الاستحسان الاثار المشهورة التي وردت
من نحو قوله عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان القاضي نصب
لايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم ولا يمكنه ذلك الا بالجمع بين الخصمين حتى يتامل
فيعرف منهما المحق من المبطل والباقي يعلم في شرح ادب القاضي ويتعلق بالدعوى
ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا لان المقصود من حضوره الجواب
ويتعلق بالدعوى وجوب احضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه اذا
كانت منقولة قايمة في يده حتى يشير المدعي والشهود اليها والمدعى عليه عند الاستحلاف
ويتعلق بالدعوى ايضا وجوب اليمين على المدعى عليه اذا انكر الحق اذا لم يقدر المدعي
على اقامة البينة والاصل في وجوب حضور الخصم قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم
بينهم اذا فريق منهم معرضون ذمهم الله تعالى على الامتناع عن الحضور فعلم ان الحضور واجب
قوله لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى قوله واليمين بالجر عطفا على احضار العين
في قوله ولزوم احضار العين قوله وسنذكره اي سنذكر وجوب اليمين على الخصم في اخر هذا
الباب قوله وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري في مختصره يعني ان لم يكن العين

المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت هالكة ذكر المدعي قيمتها حتى يصح الدعوى بوقوعها
على معلوم لان عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة
لانها شي تعرف العين الهالكة به وهذا معنى قوله والقيمة تعرف به اي القيمة شي تعرف
العين بذلك الشي قال الاستروشني في فصوله في الفصل التاسع ان الدعوى لا يخلو
اما ان تقع في الدين او في العين فان وقعت في العين فلا يخلو اما ان كان عقارا او منقولا
فان كان منقولا فلا يخلو اما ان كان قايما او هالكا فان ادعى منقولا قايما فان امكن احضاره
مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه الدعوى
مجلس الحكم حتى يشير اليه المدعي والشهود ليقطع الشركة بين المدعي وغيره قال شمس
الايمة الحلواني ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام
والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شا حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا
يتهيا له الحضور وكان ماذونا بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو
نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل ولا يسع في باب داره
فانه يخرج الى باب داره او يامر نايبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفي
النقد وري اذا كان المدعى شيا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار ان شا حضر وان
شا بعث امينا كذا ذكر في الذخيرة وذكر القاضي الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم اذا
كان العين المدعى في المصر اما اذا كان خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط
لجواز القضا في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع
الدعوى والبينة ثم يقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه وذكر رشيد الدين في الباب الثاني
من فتاواه في دعوى احضار المدعا مجلس القضا لا بد ان يقول فواجب عليه احضاره
مجلس القضا لاقيم البينة عليه ان كان جاحدا ولا بد من ذكر هذه اللفظة في الدعوى
لان ذا اليد لو كان مقرا لا يلزمه الاحضار لانه ياخذ من المقر الى هنا لفظ كتاب الفصول
وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب الرجل يدعي الشي
في يدي رجل من الرقيق والمتاع والعقار ولو ان رجلا ادعى جارية في يد رجل او
غلاما او دابة او ثوبا او عرضا من العروض او شيا من النقليات فان القاضي يامر
المدعى عليه بان يحضر ذلك الشي مجلس القاضي ان كان قايما وذلك لان المدعي والشهود
يحتاجون في الدعوى والشهادة الى الاشارة الى ذلك الشي ولا يمكنهم الاشارة اليه الا
وان يكون ذلك حاضرا في مجلس القاضي فيكلفه احضاره الا ترى ان القاضي يحضر
المدعى عليه مجلسه لانه لا يتحقق الدعوى والشهادة ولا تصح شرعا الا بحضرته فوجب على
القاضي احضاره فكذلك في حق المدعي فيه وامكن احضاره واذا حضر ذلك الشي
يستوي فيه ان كان القاضي يجلس في المسجد او في غير المسجد فان كانت دابة ولا يقع
بصر القاضي ولا يتاتى الاشارة من الشهود والمدعي والدابة على باب المسجد فان القاضي
يامر بادخال الدابة في المسجد لان ادخال الدابة في المسجد عند وقوع الحاجة جايز الا ترى
ان النبي عليه السلام طاف بالبيت على ناقته وجعل يستلم الاركان بمحجنه والطواف
بالبيت انما يكون في المسجد الحرام فلما جاز ادخال الدابة في المسجد الحرام عند وقوع
الحاجة مع ان حرمة المسجد الحرام فوق حرمة ساير المساجد فلان يجوز ادخالها في غيره

من

من المساجد اولى والصحابة لم يمنعوا الدواب في الطواف وان كانت بحيث لو وقفت على
باب المسجد يقع بصر القاضي عليه ويحصل الاشارة اليه فانه لا يدخلها في المسجد لانه لا يامن
ما يكون منها وقد امرنا بتطهير المساجد والحاجة منعدمة لان المقصود يحصل بدون
الادخال في المسجد ثم اذا احضر ذلك الشي الى مجلس القاضي فشهد الشهود بان هذا الشي
له ولم يشهدوا بانه ملكه يجوز ويقضى به لان اللام في هذا للتمليك فصار كانهم قالوا هذا ملكه
الا ترى ان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين القاضي اقرار الرجل بان هذا الشي
لهذا فان القاضي يقضي بذلك فكذلك في حق الشهادة وكذلك ان شهدوا ان هذا ملك
له وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان هذا الشي للمدعي فان هذا يجوز ذلك لا اشكال فيه
واما الشبهة في فصل وهو ان المدعي لو ادعى انه اقر بهذا الشي له ولم يدع بانه ملكي واقام
الشهود على ذلك هل يقبل القاضي ذلك منه وهل يقضي بالملك من اصحابنا من يقول بان
القاضي يقضي به لان هذا من المدعي يعتبر بما لو كان هذا من الشهود فقد ذكرنا ان الشهود
لو شهدوا بان هذا اقر بهذا الشي له فان القاضي يقبل شهادتهم وان لم يشهدوا بانه ملكه فكذلك
المدعي اذا ادعى عليه انه اقر بهذا له ولم يقل هو ملكي وجب ان يصح هذا الدعوى ويقضي
له القاضي اذا اقام البينة واكثرهم على انه لا يصح هذا الدعوى ما لم يقل اقر به لي وهو ملكي لان
الاقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب وانما يوجب الملك له اذا كان صدقا فاما اذا
كان كذبا فانه لا يوجب والمدعي بقوله اقر به لي لا يصير مدعيا للملك والاقرار غير موجب للملك
فلم يوجد دعوى الملك فلا يقضي بالملك فلهذا اشترط دعوى الملك وهو ان يقول وهو
ملكي بخلاف الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة لما بينا ثم لا يشترط في
الشهادة ان يشهدوا بان هذا الشي في يده اذا كان منقولا بل اذا اقر المدعى عليه
بان ذلك في يده يكفي وفي العقار ان اقر المدعى عليه بان العقار الذي وقع فيه
الدعوى في يدي فان القاضي لا يلتفت الى ذلك ما لم يشهد الشهود ان هذا المحدود
في يديه لان في المنقولات لا يخلو اما ان يكون العين قايما او مستهلكا في يد المدعي
عليه فان كان قايما فلا بد من الاحضار ومتى احضر فالقاضي يعاين انه في يده
فلا ذا يكلف الشهود على الشهادة بانه في يده وان كان مغيبا وقال المدعى عليه
هلك في يدي او استهلكت في يدي فقد اقر بوجوب الضمان على نفسه واقرار
الانسان على نفسه مقبول صحيح فلا حاجة الى الشهادة على انه في يده فاما في العقار
يتمكن فيه تهمة المواضعة وهو ان المدعي ربما واضع رجلا واحضره مجلس القاضي
وادعى عليه العقار وبين الحدود فيقر ذلك الرجل بان العقار في يده فيقضي
القاضي عليه فيكون ذلك استحقاقا عليه وعلى غيره والعقار في الحقيقة لم يكن في
يده وانما كانت في يد غيره واذا قضى القاضي يثبت الاستحقاق على صاحب اليد
فلما تمكن تهمة المواضعة بهذه الصفة قلنا بان القاضي لا يكتفي باقرار المدعى عليه
انه في يده ولكن يحتاج الى ان يشهد الشهود انه في يده بخلاف المنقول على ما مر
كذا في شرح ادب القاضي **قوله** وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة
ذكر الذكورة والانوثة قال محمد بن محمود الاستروشني في فصوله في الفصل التاسع واذا
ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة اختلف المشايخ رحمهم

الله فيه وذكر الصدر الشهيد في باب قبض المحاضر والسجلات من ديوان القاضي المعزول
اذا ادعى قيمة دابة مستهلكة لابد من ذكر الانوثة والذكورة ولابد من بيان السن
وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله مستقيم لان عنده القضا بقيمة المستهلك بنا على
القضا بملك المستهلك لان حق المالك عنده قايم في العين المستهلك فانه قال
يصح الصلح عن العين المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا
له لا يجوز الصلح على اكثر من قيمته لانه ح يكون الواجب في ذمة المستهلك قيمة المغصوب
وهي دين في الذمة واذا صالح من الدين على اكثر من جنسه لا يجوز واذا كان القضا
بالقيمة بنا على القضا بملك المستهلك لابد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة
ليعلم القاضي بماذا يقضي وهذا القايل يقول مع ذكر الانوثة والمذكورة لابد من ذكر النوع
بان يقول فرسا وحمارا وما اشبه ذلك ولا يكتفى بذكر اسم الدابة لانها مجهولة فالحاصل
ان ظاهر مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان حق المالك في العين المستهلك قايم وينتقل
الى القيمة بقبض القيمة او بقضا القاضي وظاهر مذهبهما ان حق المالك ينقطع بنفس الاستهلاك
وقد ذكر في بعض الكتب خلاف ذلك ومن المشايخ من ابى ذكر الذكورة والانوثة وقال
المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة والمدعي والشهود لا يستغنون عن بيان
القيمة والشهادة على القيمة مقبولة وكذا دعوى القيمة مسموعة فلا حاجة الى بيان الذكورة
والانوثة الا ترى ان من ادعى على اخر مالا مقدرا وشهد الشهود له بذلك فسالهم القاضي
عن السبب فقالوا استهلاك دابة فالقاضي يقبل ذلك منهم وطريقه ما قلنا ولا يشترط ذكر
اللون والسمة حتى لو ادعى انه غصب حمارا او ذكر شيته واقام البينة على وفق دعواه
واحضر المدعى عليه حمارا فقال المدعي هذا الذي ادعيته وزعم الشهود كذلك ايضا
فنظروا فاذا بعض شياته على خلاف ما قالوا بان قال الشهود انه مشقوق الاذن وهذا
الحمار غير مشقوق الاذن قالوا هذا لا يمنع القضا للمدعي ولا يكون هذا خللا في شهادتهم
كذا ذكر في فتاوى القاضي الامام ظهير الدين الى هنا لفظ الفصول **قوله** قال وان ادعى عقارا
حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اي قال القدوري في مختصره ذكر هنا فصولا ثلثة
الاول تحديد العقار وهو بيان حده والثاني ذكر المدعي ان المدعى في يد المدعى عليه والثالث
ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالمدعى عليه اما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان
الدعوى لا تصح في المجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم
قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير محدود لم يصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع
الدعوى على عينها ويشير الشهود اليها بالشهادة قال في شرح ادب القاضي يجب على
المدعي وعلى الشهود الاعلام باقصى ما يمكن في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك
البلدة ثم يبين حدود الدار لان التعريف باقصى ما يمكن هذا وهو ان يبين اولا الاسم العام وهو
البلدة ثم يبين ما هو الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو اخص من المحلة وهو الحدود الاربعة
ليحصل التعريف والاعلام باقصى ما يمكن فاذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل
القاضي وقضى به وقال الاستروشني في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه
الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لابد من ذكر البلدة
التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدا الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيارا

لقول محمد

لقول محمد بن الحسن فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال ابو زيد
البغدادي يبدا بالاخص ثم بالاعم فيقول في سكة في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث
يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدا بما هو اقرب ثم يترقى الى الابعد لكن ما قاله محمد
بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه
لان الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا
اخص فان عرف والا ترقى الى الجد الى هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل ايضا في موضع اخر
وذكر في الذخيرة اذا ادعى محدودا في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين ان المحدود ما هو كرم
او ارض او دار وشهد الشهود كذلك هل يسمع وهل يصح الدعوى والشهادة حكى فتوى
شمس الايمة السرخسي انه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الاوزجندي
ان المدعي اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود يصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان
المحدود جهالة في المدعى وكان ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سمع
قاض هذه الدعوى يجوز وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين
انه لا بد ان يكتب باي قرية وباي موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول ايضا ثم اذا ذكر
المدعي الحدود الثلاثة يكتفى بها عندنا خلافا لزفر وقال شمس الايمة السرخسي في باب القاضي
يقضي في المسجد من شرح ادب القاضي ولو بينوا ثلاثة حدود ولم يبينوا الحد الرابع جاز
عندنا وعند زفر لا يجوز حتى يبينوا الحدود الاربعة ولو بينوا الحدود الاربعة وغلطوا في احد
الحدود الاربعة لا يقبل الشهادة بالاجماع فزفر رحمه الله قاس ترك احد الحدود على وقوع
الغلط في احد الحدود الاربعة ثم وقوع الغلط يمنع قبول الشهادة فكذلك الترك لان المشهود
به بقي مجهولا ويختلط غيره به فيختلف المشهود به ولا يقبل وعلماونا رحمهم الله فرقوا بينهما
فقالوا اذا غلطوا في احد الحدود يختلف المشهود به فالمشهود به في شهادة هذا غير المشهود به
في شهادة الاخر فلا يمكن القبول بخلاف ما لو تركوا احد الحدود الاربعة لان المشهود به لا يصير به
شيا اخر فقلنا بانه يقبل الى هنا لفظه في هذا الباب وذكر في باب الرجل يدعي الشي في يدي
رجل من الرقيق والمتاع والعقار اختلاف المشايخ فيما اذا غلطوا الحد الرابع فقال اذا شهدوا
الحدود الاربعة وغلطوا الحد الرابع منهم من يقول بانه يقبل هذه الشهادة لان ما غلطوا فيه
يجعل كانهم تركوا اصلا فلو تركه الحد الرابع يقبل الشهادة كذا هذا ومنهم من قال لا يقبل لانهم
اذا غلطوا صار المشهود به شيا اخر فكان ذلك شهادة بغير ما شهدوا به واذا صار ذلك
غير ما شهدوا به صار مجهولا فاما اذا تركوا لما صار المشهود به شيا اخر وقد ذكروا الاكثر الحدود
والاكثر يقوم مقام الكل فصار المدعى به معلوما ونظير هذا ما لو شهد الشاهدان بالبيع وقبض
الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ولو غلطوا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانهم متى غلطوا في الثمن صار هذا
عقدا اخر غير ما ادعاه المدعي ولا يقبل شهادتهم واذا تركوا الثمن فلا حاجة الى بيان الثمن
لان المبيع مقبوض ولم يصر العقد شيا اخر بترك تسمية الثمن فيجوز شهادتهم وان ذكروا
الحدين لا يجوز شهادتهم لان المشهود به لا يصير معلوما بذكر الحدين لانهما ان ذكر الحدين طولا
بقي العرض مجهولا وان ذكر الحدين عرضا بقي الطول مجهولا ولان المحدود قد يكون مخمسا ومسدسا
فلم يوجد بذكر الحدين ذكر الاكثر ليقوم مقام الكل فقلنا بانه لا يجوز بخلاف ما اذا ذكروا الثلاثة
لان الظاهر ان المحدود يكون مربعا ويكون له حدود اربعة فبذكر الثلاث صار الكل مذكورا

نيصير معلوما وروي عن ابي يوسف انه قال ان ذكر احد الحدين طولا وذكر الحد الثاني عرضا
يجوز وهذه الرواية شاذة وفي ظاهر الرواية لا يجوز كذا في شرح ادب القاضي وقال
القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ان ذكروا ثلاثة حدود وسكتوا عن الرابع
جاز وحكي عنهما انه لا يجوز ثم الدار اذا كانت مشهورة لا يستغني عن ذكر الحدود على قول
ابي حنيفة على ما ذكر في النوادر وعلى قولهما يستغني عن ذكر الحدود وكذا في شرح ادب
القاضي وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا شهدوا بدار ولم
يحدوها لم يقبل شهادتهم وقالا اذا كان الدار مشهورة معروفة جاز ذلك كدار الصيارفة
بالكوفة ودار القطن ببغداد وجه قول ابي حنيفة ان الدار المشهورة يمكن ان يزاد فيها وينقص
منها والاسم مستعمل على وجه واحد فصارت الشهادة واقعة بالمجهول وليس كذلك الرجل
المشهود باسمه لان المقصود ان يميز الشخص وهذا المعنى يحصل متى اشتهر باسمه والمقصود
بالدار حصل جميعها وهذا يختلف وان تميزت باسم ووجه قولهما ان الحدود في العقار كالاسم
والنسب فاذا كان المشهور باسمه كالطايع والقادر لا يحتاج الى ذكر نسبه كذلك العقار
المشهور باسمه ثم في تحديد العقار لا بد من اسما اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر
الجد على مذهب ابي حنيفة رحمه الله قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وروي
في رواية شاذة عن ابي يوسف ان ذكر الاب لا يشترط ايضا وهذا لا يعتمد عليه وان كان
الرجل مشهورا كشهرة ابن ابي ليلى يستغني به عن ذكر النسبة وان ذكر اسمه واسم ابيه وذكر صناعته
لا يكفي لان الصناعة ليس بشي لازم فان الانسان قد يستغل بالصناعة في زمان ثم يستغل
بصناعة اخرى غير تلك الصناعة في زمان اخر فلا يحصل به التعريف وان ذكر اسمه واسم
ابيه واسم جده وفي المحلة رجلا بهذه الصفة فانه يذكر مع هذا اشيا ينقطع به الاشتراك
ويبالغ في التعريف باقصى ما يمكن الى هنا لفظ شمس الايمة في باب القاضي يقضي
في المسجد وقال في باب ادا الشهادة من الفتاوى الصغرى شرط الخصاف
ذكر الجد للتعريف وهكذا ذكر في الشروط من مشايخنا من قال هذا قولهما اما على قول ابي
يوسف اسم الاب يكفي وهو المعروف ومحمد رحمه الله توسع في الكتب وترك اسم الجد
وذكر شمس الايمة الحلواني في شرح ادب القاضي ان هذا قول ابي حنيفة رحمه الله اما
على قولهما ذكر اسم الاب يكفي وهكذا ذكر الاختلاف ابو زيد في شروطه والصناعة لا يقوم
ذكرها مقام ذكر الجد الا ان يكون صناعة يعرف بها لا محالة الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى
ونقل في الفصل الثامن من الفصول عن المحيط والذخيرة واذا كتب احد حدودها دار
فلان لا يكتب اشتراها بحدودها لان الحد يدخل وان كتب احد حدودها ينتهي الى
دار فلان او يلازق دار فلان يكتب اشتراها بحدودها وذكر الحاكم وكان محمد بن الحسن يكتب
يلي دار فلان وما ذكرناه احسن لان ما يلي الشي قد يكون بينهما فرجة وليس ينبئ عن
الملاصقة ثم قال في الفصول وان ادعى بحدود واحد حدوده او جميع حدوده متصل
بملك المدعي هل يحتاج الى ذكر الفاصل فقيل لا يحتاج وان كان متصلا بملك المدعى عليه
يحتاج الى ذكر الفاصل وقيل ان كان المدعى ارضا فكذلك الجواب وان كان بيتا او
دارا او منزلا فلا حاجة الى ذكر الفاصل والجدار فاصل وان كان المدعى ارضا واحتيج
الى ذكر الفاصل فذكر والفاصل شجرة فذلك لا يكفي هكذا حكي فتوى شمس الاسلام الاوزجندي

لان الشجرة

لان الشجرة لا تحيط بجميع المدعى والفاصل يجب ان يكون محيطا بجميع المدعى حتى يكون معلوما ونقل
في الفصول ايضا عن شهادات العون المقيدة اذا كانت ربوة يصلح حدا وان لم يكن ربوة لا يصلح
حدا ونقل ايضا عن شهادات المحيط اذا ذكر في الحد لزيق ارض الوقف فذلك لا يكفي وينبغي
ان يذكر انها وقف على الفقرا او على مسجد كذا او ما اشبهه ونقل ايضا عن المحيط والذخيرة اذا
ذكر في الحد لزيق ملك ورثة فلان لا يكون لان الورثة مجهولون ونقل عن العدة اذا جعل
احد الحدود لزيق ارض لا يدرى مالكها لا يكفي ما لم يقل لزيق ارض في يد فلان حتى
يحصل المعرفة وذكر في موضع اخر منها اذا ذكر احد الحدود ارض المملكة يصح وان لم يذكر
انها في يد من لان ارض المملكة يكون في يد السلطان او بواسطة يد نايبه لكن يشترط
ان يقول والفاصل بينهما مسناة قديمة وقال ايضا في الفصول والنهر لا يصلح حدا عند
بعض اهل الشروط وكذلك السور وهو رواية عن ابي حنيفة وظاهر المذهب انه يصلح حدا
والخندق نظير النهر كذا ذكر في المحيط والذخيرة وقال الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في
تهذيب ادب القاضي فان قال الشاهدان نشهد ان الدار التي في موضع كذا لهذا الرجل
ولا نعرف حدودها ولا نقف عليها ولا نعرف اسما الحدود بعث القاضي مع الشاهدين جماعة
ليقف الشهود على الحدود ويحضر ثم يقولون هذه الدار التي شهدنا بها لهذا الرجل وهذه
حدودها ويأتون القاضي فيشهدا واولئك الذين حضروا مع الشاهدين فان القاضي يقضي
بها للمشهود له لان اعلام العقار بالتحديد وقد علموا الحدود وجهلوا اسمه فلم يمنع صحة
الشهادة كما لو شهدوا على رجل مشار اليه لا يعرفون اسمه فانه يقبل كذلك هذا واما
الفصل الثاني وهو ذكر المدعي ان المدعى في يد المدعى عليه فانما شرط ذلك لان المدعى
اذا لم يكن في يد المدعى عليه لا يكون المدعى عليه خصما للمدعي فلا يصح دعواه ونقل في خلاصة
الفتاوى عن دعوى الاصل رجل ادعى على اخر دارا في يديه وقال ملكي وفي يدي
وانكر المدعى عليه انها ملك المدعي لكنه مقر انها في يديه فاقام المدعي البينة انها ملك المدعي
فان القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهدوا انها في يد المدعى عليه قال بعض اصحابنا اذا قال
المدعي انها ملكي وفي يدي لا يسمع هذه الدعوى ويقول له القاضي اذا كان ملكك وفي يدك
ايش تطلب والجواب ان يقول ان هذا اذا لم يكن ثمة منازع اما اذا كان ثمة من ينازعه
فيهما او في احدهما يقبل ويسمع الدعوى وفي ادب القاضي للخصاف لو اقام احدهما
البينة انها في يديه واقام الاخر البينة انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد
قال مشايخنا نصفه على وجه القضا ونصفه على وجه الترك لان الكلام فيما اذا كان في
يديهما والظاهر ان كله على وجه القضا الى هنا لفظ الخلاصة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في اول كتاب الدعوى من شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا كانت الدار في يدي رجلين كل
واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدع لما في يد صاحبه وعليه البينة ولكل واحد
منهما على صاحبه اليمين فايهما حلف على دعوى صاحبه برئ عنها وايهما نكل عن
اليمين لزمته دعوى صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على النصف فكان خارجيا فيما في
يد صاحبه فيكون البينة بينته على ما في يد الاخر واليمين يمين صاحبه وكذلك الحيوان
والعروض واذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد منهما انها في يديه فعلى كل واحد
منهما البينة انها في يديه لان اليد مقصود كالملك فيجب اثباتها بالبينة فان اقام

كل واحد منهما البينة انها في يديه جعل في يد كل واحد منهما نصفها لانهما استويا في الحجة فيستويان
في استحقاق اليد وقد تعذر القضا بثبوتها على الكل لمكان النزاع فيقضى بثبوتها على النصف
وان لم يقم لهما بينة وطلب كل واحد منهما يمين صاحبه على ما في يديه فعلى كل واحد
منهما ان يحلف البتة ما هي في يد صاحبه فان حلفا لم نجعلها في يد واحد منهما وايهما
نكل عن اليمين لم نجعلها في يده لانه تعارضت الحجتان فتعذر القضا بهما فيكون في ايديهما
بقضا نترك لا بقضا استحقاق فان وجدها القاضي في يد غيرهما لم ينزعها من الذي هي
في يديه بالذي انتزعه بين هذين لان القاضي ما قضى باليد لهما قضا استحقاق فلا
يسلمها اليهما واما الفصل الثالث وهو ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالمدعى فانما
شرط ذلك لان المطالبة حق المدعي فلا يلتفت القاضي الى دعواه الى ان يطلب حقه
ولانه يحتمل ان المدعي في يد المدعى عليه مرهون او محبوس بالثمن فلا يصح الدعوى قبل اداء
الدين او اداء الثمن فبالمطالبة يزول الاحتمال لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لم
يطالب بالانتزاع من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى انه ملكه اذ مجرد الملك لا يدل
على ان اليد له قال صاحب الهداية وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير
حق يعني قال المشايخ في دعوى المنقول يجب ان يقول المدعي ان هذا الشي لي وفي يده
بغير حق لهذا المعنى الذي قلنا وهو احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن قال في كتاب الشهادات
من الفتاوى الصغرى والتتمه اذا شهدا انه ملك المدعي ولم يشهدا انه في يده بغير
حق يعني انه يقبل وسمعت انه ذكر شمس الايمة الحلواني في الجامع انه اختلف المشايخ
فيه وقال الاصح انه لا يقبل وذكر نجم الدين النسفي عن ابي الحسن السعدي والبزدوي
انه شرط ما لم يثبتا ان في يده بغير حق لا يملكه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر
مشايخنا قال صاحب التتمه وهو الصحيح وعليه الفتوى **قوله** فان العقار يعرف به
اي بالتحديد والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا
في الصحاح وقيل العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير **قوله** ويذكر
اسما اصحاب الحدود اي حدود العقار **قوله** هو الصحيح احتراز عما روي عنهما ان ذكر
الاب يكفي **قوله** ولو كان الرجل معروفا مشهورا يكتفى بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب
والجد لحصول التعريف بالاسم لا ذكر النسب **قوله** فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى
بها عندنا خلافا لزفر وقد روى القدوري في كتاب التقريب قول ابي يوسف ومحمد
كقول زفر ولكنه لم يذكر فيه قول زفر وقد مر قبل هذا **قوله** بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز واذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق
بيننا وبين زفر ولكن ينبغي ان يكون هذا على اختيار بعض المشايخ لانا قد روينا قبل
هذا اختلاف المشايخ من شرح ادب القاضي فيما اذا غلط الشهود الحد الرابع حيث تمت
الشهادة عند بعضهم ولا شك ان التحديد يشترط في الشهادة كاشتراطه في الدعوى **قوله**
وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انها في يده يعني اذا ادعى المنقول
فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره وفي العقار لا يعتبر اقرار المدعى عليه انه في
يده بل يشترط قيام الشهادة على انه في يده دفعا للاحتيال وقد مر بيان ذلك عند
قوله وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها قال في الفصل الثامن من الفصول لو شهد شاهدان

ملكيه

ملكية الدار للمدعي ولم يشهدا انها في يد المدعى عليه عند محمد يقبل وفي ظاهر الرواية لا يقبل ما لم
يشهدا ان الدار في يد المدعى عليه فان شهد شاهدان بالملك للمدعي في دعوى الدار ولم يتعرضا
انها في يد المدعى عليه وشهد اخران بكونها في يد المدعى عليه يقبل كلتا الشهادتين لان الحاجة لاثبات
يد المدعى عليه حتى يصير خصما ولاثبات الملك للمدعي ولا فرق في ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين
بشهادة فريق واحد او فريقين ثم اذا شهد الشهود انها في يد المدعى عليه يسالهم القاضي اعن
سماع يشهدون انها في يده او عن معاينة لانهم ربما سمعوا اقراره بها في يده وظنوا ان ذلك
يطلق لهم الشهادة قال وقد اشتبه على كثير من الفقها ان مجرد اقراره هل يثبت يده
عليه حكما فاذا كان في موضع الاشتباه فما لم يذكروا في شهادتهم انهم عاينوا يد المدعى عليه
لا يقبل القاضي منهم ولا يختص هذا في هذه الحادثة بل في غيرها كذلك حتى لو شهدوا على
البيع والتسليم يسالهم القاضي اتشهدون على اقرار البايع او على معاينة البيع والتسليم
والحكم يختلف في ذلك فان الشهادة بالبيع معاينة شهادة بالملك للبايع والشهادة
على اقرار البايع بالبيع والتسليم لا يكون شهادة بالملك للبايع وعسى لا يفرق الشاهد
بين الامرين فيسال القاضي ازالة لهذه الشبهة هكذا حكي عن الخليل بن احمد
السجزي كذا اورد ظهير الدين في شروطه الى هنا لفظ الفصول **قوله** قال وان
كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به اي قال القدوري في مختصره يعني اذا كان المدعى
دينا لا عينا لا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضي كما يشترط في العين القايمة
لان الاحضار انما اشترط ثمه ليمتاز المدعى من غيره بالاشارات اليه عند الدعوى
والشهادة وعند استحلاف المدعى عليه لان العين قد تشترك مع عين اخرى في الوصف
والحلية فلا تنقطع الشركة ما لم يكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن اعلامه له
بالاشارة اليه فلم يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف
ما اذا كانت العين مستهلكة حيث يقبل الشهادة عليها من غير اشارة لان الدعوى
في قيمتها ان لم يكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل
والقيمة دين في الذمة والشهادة في الديون يقبل الدعوى حتى يذكر شيا معلوما في الى
بلا شك بلا اشارة اليها ولكن لا بد من بيان الجنس والقدر والوصف والى هذا اشار القدوري
اولا عند قوله ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره لان ذلك كلي يشمل العين
والدين جميعا ولكن ان كان نقليا قايما بعينه يشترط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد
بخلاف الدين فافهم **قوله** قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها اي قال القدوري
في مختصره يعني اذا صحت الدعوى ببيان القدر والجنس وحضور المدعى عليه مجلس
القاضي او صحت ببيان التحديد ان كان المدعى عقارا سال القاضي المدعى عليه عن الدعوى
حتى ينكشف وجه الحكم لان الاشيا التي تنقطع بها المنازعة ثلاثة الاقرار والبينة واليمين
قال فان اعترف قضى عليه بها اي ان اعترف المدعى عليه بما ادعى المدعي قضى القاضي
على المدعى عليه بدعوى المدعي اي بما ادعاه من الحق يعني الزمه ذلك وذلك لان
اقرار الانسان على نفسه حجة لكونه غير متهم فيه يؤيده قوله تعالى بل الانسان على نفسه
بصيرة اي شاهد فدل على جواز الاقرار قال وان انكر سال المدعي البينة وذلك لما حدث
الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى علقمة بن وايل عن ابيه قال

جاء رجل من حضرموت الحضرمي ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي
يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض كانت لي فقال الكندي هي ارضي في يدي
ازرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله عليه السلام للحضرمي ألك بينة فقال لا
فقال النبي عليه السلام فلك يمينه فقال انه ليس له يمين فقال النبي عليه السلام ليس لك منه
الا ذلك فانطلق ليحلفه فقال رسول الله عليه السلام اما انه ان حلف على مالك ظالما
ليلقين الله عز وجل وهو عنه معرض فعلم بهذا ان سؤال البينة مقدم على اليمين لانه
عليه السلام رتب اليمين على فقد البينة لانه عليه السلام طلب يمين المدعى عليه بعد ما قال
المدعي لا بينة لي وهذا على اصل ابي حنيفة موافق جدا لانه لا يرى الاستحلاف اذا قال المدعي
لي بينة حاضرة فلهذا اوجب السؤال عن البينة قال فان احضرها قضى بها اي ان احضر
المدعي البينة على وفق دعواه قضى القاضي بالبينة وذلك لان دعوى المدعي خبر محتمل بين
الصدق والكذب فيترجح صدق الدعوى بالبينة لان الشرع جعلها حجة قال وان عجز
عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها اي ان عجز المدعي عن اقامة البينة
وطلب يمين المدعى عليه استحلفه القاضي على دعواه وذلك لحديث الحضرمي
والكندي الذي روينا انفا وروي في السنن مسندا الى ابن ابي مليكة قال كتب الي ابن
عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه قال في شرح ادب
القاضي معنى قوله قضى اي شرع وروى محمد بن الحسن في اول كتاب الدعوى باسناده
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام انه قال البينة على المدعي
واليمين على من انكر وروى الطحاوي في شرح الاثار ايضا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين
على المدعى عليه رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام وانما شرط طلب المدعي يمين خصمه
لان اليمين شرعت مستحقة على المدعى عليه حقا للمدعي فلا بد من طلب صاحب
الحق حقه كما في ساير الحقوق **قوله** فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها اي عن
الدعوى لان جهة الصدق يترجح بالبينة على جهة الكذب فلاجرم يقضي القاضي بالبينة
قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه **قوله**
ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه **قوله** الا ترى كيف اضيف اليه
بحرف اللام هذا ايضاح لقوله لان اليمين حقه اي حق المدعي يعني ان اليمين حقه
خاصة فاذا كان حقه فلا بد من طلبه والدليل على ذلك ان النبي عليه السلام اضاف
اليمين الى المدعي بلام الاختصاص في قوله لك يمينه فعلم ان اليمين حق له وانما
اضيف بتذكير الفعل وان كان مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تاويل
القسم او الحلف كقوله ولا ارض ابقل ابقالها بتاويل المكان والله اعلم **باب
اليمين** اقول ما كان يحتاج هنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام
متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين **قوله** واذا
قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله هذا لفظ
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع
ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن

ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند
القاضي ما ادعاه عليه المدعي من ذلك كان ابا حنيفة رحمه الله قد روي عنه في ذلك ان القاضي
لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن
محمد وقال ابو يوسف يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه ذكره له ان له بينة حاضرة
يشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد اصلا كما ترى ومع
هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي الا ترى ان القدوري
قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم يوجد هذه الرواية عند محمد وقوله ومحمد مع ابي يوسف
فيما ذكره الخصاف فيه نظر ايضا لان الخصاف لم يذكر الخلاف في ادب القاضي الا عن
بين ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر لمحمد قولا وكذلك فعل ابو بكر الرازي في شرح ادب
القاضي للخصاف ولم يذكر قول محمد اصلا ثم ابو بكر الرازي قال في شرحه وجه قول ابي حنيفة
كذا ووجه قول ابي يوسف كذا الا ترى ان الامام ابا محمد الناصحي النيسابوري قال في
تهذيب ادب القاضي للخصاف قال ابو حنيفة اذا ادعى الخصم انه له بينة حاضرة وسأل
يمين المدعى عليه لم استحلفه وقال ابو يوسف يستحلف ثم قال ولم يذكر الخصاف قول
محمد ثم قال وذكر ابو علي بن موسى ان قول محمد مثل قول ابي يوسف فيما روى عبد الرحمن
الهروي وغيره من اصحاب محمد فعلم بهذا ان ما قاله صاحب الهداية موضع النظر نعم ان قول
محمد كقول ابي يوسف ولكن لا فيما ذكر الخصاف وجه قولهما ما ذكر شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي في باب اليمين ان اليمين حق المدعي والبينة حق المدعي فكان
له ان يستوفي اي الحقين شاء يدل عليه ان له في اليمين فائدة لان المدعى عليه ربما يتورع
او ينكل فيتوصل الى حقه في اقرب الاوقات والعاقل يختار التوصل الى حقه باقصر
الطرق فاذا عجز عن الوصول الى حقه باقصر الطرق ح يشتغل باطول الطرق ولا يتعذر
عليه اثبات حقه باقامة البينة بعد ذلك اذا حلف المدعى عليه فقلنا بانه يحلف
وابو حنيفة احتج بما روي عن رسول الله عليه السلام انه قال للمدعي ألك بينة فقال لا
فقال لك يمينه فالنبي عليه السلام رتب اليمين على عدم البينة فدل على ان اليمين
انما يكون حجة عند عدم البينة ولان اليمين الكاذبة مستهلكة فالمدعى عليه متى اتوى
حق المدعي فالشرع جعل اليمين الكاذبة حقا له حق تصير مهلكة اياه بازاء ما اهلك
من المال اهلاكا بازاء اهلاك وانما يستحق اتواء الحق على المدعي اذا لم يكن له بينة
فاما اذا كان له بينة لا يتوى حقه بل يمكنه اثبات حقه بالبينة فلا يجعل اليمين
المهلكة حقا له في هذه الحال لانه في غنية عنه لان المدعي اذا كان له بينة وقصد
استحلاف المدعى عليه فقد قصد افتضاح المسلم فانه يحلفه ثم يقيم البينة فيكون فيه
فضيحة المسلم وقد امرنا بالستر ونهينا عن افتضاح المسلم فكيف لم يكن له ان يحلفه
متى كان له بينة وان قال لا بينة لي او قال شهودي غيب فانه يحلفه القاضي ويغلظ
عليه اليمين زجرا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة وصفة التغليظ يجيء بيانها في
اول الفصل الذي يعقب هذا الباب **قوله** معناه حاضرة في المصر اي معنى قول
القدوري لي بينة حاضرة اي حاضرة في المصر وهذا احتراز عما اذا كانت البينة
غائبة عن المصر فيستحلف بالاتفاق واحترز ايضا عما اذا كانت البينة حاضرة في

في المجلس فلا استحلاف بالاتفاق واليه اشار صاحب الهداية عند تعليل قول ابي حنيفة بقوله
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بالحديث المعروف اراد به قوله عليه السلام لك
يمينه قد مر قبيل هذا الباب ويجوز ان يريد به قوله عليه السلام واليمين على من انكر
لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فلا يكون
حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز وهذا منع
لقولهما ان اليمين حق المدعي يعني لا نسلم ان اليمين حق المدعي مطلقا وانما يكون حقه اذا عجز
عن اقامة البينة وهو ليس بعاجز عنها اذا كانت البينة حاضرة في المصر فاشبه بما اذا كانت
حاضرة في المجلس ثم لا يثبت له حق اليمين فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة قال
ولا يرد اليمين على المدعي اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي تقضي بيمين المدعي في موضعين
وهو مذهب مالك واحمد واهل الحجاز جميعا احدهما اذا نكل المدعى عليه عن الحلف يحلف
المدعي فاذا حلف يقضي بما ادعى وان ابى انقطعت المنازعة والثاني اذا اقام المدعي
شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد اخر وحلف قضي له وعندنا لا يقضي بيمين المدعي اصلا
ففي الفصل الاول يقضي بنكول المدعى عليه وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه فان نكل
يقضي به وجه قولهم ما روي في شرح الاثار عن سهل بن ابي حثمة في القسامة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال للانصار ايبرئكم يهود بخمسين يمينا فقالوا كيف نقبل
ايمان قوم كفار فقال رسول الله عليه السلام تحلفون وتستحقون وجه الاستدلال
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الايمان على المدعين بعد ان جعلها على المدعى عليهم
فعلم ان رد اليمين جائز وروى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رسول الله
عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ولا يقع
ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية
وروى في السنن وشرح الاثار مسندا الى سيف بن سليمن المكي عن قيس بن سعد عن عمرو
بن دينار عن ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد وحدث الطحاوي عن يونس
عن ابن وهب عن سليمن بن بلال عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سهيل بن ابي صالح عن
ابيه عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله وحدث الطحاوي ايضا في شرح
الاثار باسناده الى عبد العزيز بن محمد عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن فذكر باسناده مثله
قال عبد العزيز فلقيت سهيلا فسالته عن هذا الحديث فلم يعرفه وحدث ابو داود في
السنن قال حدثنا احمد بن ابي بكر ابو مصعب الزهري قال حدثنا الدراوردي عن
ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة ان النبي صلى
الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد قال ابو داود وزادني الربيع بن سليمن المؤذن
في هذا الحديث قال اخبرنا الشافعي عن عبد العزيز قال فذكرت ذلك لسهيل فقال
اخبرني ربيعة وهو عندي ثقة اني حدثته اياه ولا احفظه قال عبد العزيز وقد كانت
اصابت سهيلا علة اذهبت بعض عقله ونسي بعض حديثه فكان سهيل بعد يحدثه
عن ربيعة عنه عن ابيه وروى في شرح الاثار باسناده الى عبد الوهاب بن عبد
المجيد الثقفي عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم مثله وروى فيه ايضا مسندا الى عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد عن سهيل بن

ابي صالح

ابي صالح عن ابيه عن زيد بن ثابت عن رسول الله عليه السلام مثله والمعقول في المسالة
ان اليمين حجة من يشهد له الظاهر وهو شاهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاذا
نكل تحول الظاهر الى المدعي فيصير اليمين حجة في حقه ولنا ما روى محمد بن الحسن
في اول كتاب الدعوى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام
انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر بيانه ان النبي عليه السلام جعل
البينة حجة جنس المدعين واليمين حجة جنس المنكرين فيكون جميع الايمان على
المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين فيكون ذلك نسخا
للحديث المشهور لانه عمل به الامة وانه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس والمعنى في ذلك ما
ذكر ابو بكر المعروف بخواهر زاده في كتاب الشهادات وهو القياس ان لا يكون قول الغير
حجة على الغير اذا لم يكن معصوما عن الكذب الا انا تركنا هذا القياس في الشهادة وفي يمين
المدعى عليه بالنص وما ثبت نصا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره والنص الوارد
بجعل الشهادة حجة للاستحقاق مع احتمال الكذب لا يكون واردا في يمين المدعي دلالة
لما يتمكن في يمين المدعي من الكذب اكثر مما يتمكن في الشهادة لان الشاهد يشهد
لغيره والمدعي خصم يثبت لنفسه ولا شك ان المثبت لنفسه اكثر تهمة من المثبت
لغيره ولهذا لم يكن شهادة الاب حجة وكذلك النص الوارد بجعل اليمين حجة للمنكر وانه
بيمينه ليس يستحق ما ليس بثابت له بل يدعي ما هو ثابت له لا يكون واردا دلالة
في حق المدعي والمدعي بيمينه يثبت ما ليس بثابت له لان اثبات ما هو غير ثابت فوق
ابقاء ما هو ثابت واذا لم يعتبر واردا دلالة رددنا ما تنازعنا فيه الى ما يقتضيه القياس
والقياس ان لا يكون قول الغير حجة على الغير فيكون قول الانسان لنفسه على الغير على ان نقول
استدل بعض اصحابنا في المسالة بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا
رجلين فرجل وامراتان بيانه ان الله تعالى بين حكم الشهادة اصلا وخلفا فمن يجوز القضا
باليمين مع الشاهد بخبر الواحد فقد زاد على النص به وانه لا يجوز الزيادة به لانه نسخ عندنا
على ما عرف في اصول الفقه ولان اليمين حجة لاحد المتداعيين فلم يجز نقلها الى الاخر كالبينة بيان
ذلك ان البينة تدخلها النيابة من جهة الشهود واليمين بخلافه فاذا لم يجز رد البينة برضا
صاحبه فاليمين اولى ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق به الشيء المدعى على غيره كدعواه
يؤيده ما روي في شرح الاثار عن ابن عباس ان رسول الله عليه السلام قال لو يعطى الناس
بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ذكره مسلم ايضا
في صحيحه عن ابن الطاهر عن ابن وهب عن ابن جريج عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن النبي
عليه السلام فثبت بذلك ان المدعي لا يستحق بدعواه دما ولا مالا وانما يستحق بها يمين
المدعى عليه خاصة وهذا حديث ظاهر المعنى يحمل عليه ما خفي في حديث الخصم ويحمل المراد
من اليمين يمين المدعى عليه فافهم والجواب الشافي عن حديث الخصم فيقول تضعيف الطحاوي
في شرح الاثار فقال واما حديث عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد عن سهيل عن ابيه عن زيد
بن ثابت فمنكر لان ابا صالح لا يعرف له رواية عن زيد ولو كان عند سهيل من ذلك شيء
انكر على الدراوردي ما ذكره عن ربيعة واما حديث ابن عباس فمنكر ايضا لان قيس بن
سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء فكيف يحتج به الخصم في مثل هذا وان سيف بن

سليمن ضعيف لا يحتج بروايته في اثبات السنن كذا قال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي
وقال الخصاف في ادب القاضي ذكر هذا الحديث لعلي ابن المديني فقال هذا غلط من سيف
واما حديث جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر فان عبد الوهاب ذكره هكذا واما الحفاظ مالك
وسفيان فرووه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن النبي عليه السلام ولم يذكروا فيه جابرا وهم لا
يحتجون لعبد الوهاب فيما يخالف فيه الثوري ومالكا كذا قال الطحاوي او نقول ان صح الحديث
فتاويله ان المدعى عليه ادعى على المدعي ايفا وفي مثله يجب اليمين على المدعي لانه ينقلب
مدعا عليه او تاويله ان النبي عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد فيما اذا اقام المدعي شاهدا
واحدا وعجز عن اقامة شاهد اخر فقضى رسول الله عليه السلام باليمين على المدعى عليه
مع وجود الشاهد الواحد ولم يلتفت الى وجوده قال ابو بكر الرازي ومن فحش مذهب
القايل بالشاهد واليمين انه يستحلف المدعي اذا كان ذميا مع شهادة المسلم ويوجب
له الحق وزعموا ان يمين الطالب قايمة مقام المراتين فينبغي ان يقبل المراتين اذا كانتا
من اهل الذمة كما قبل يمين الذمي بل شهادة المراتين الذميتين ابعد من التهمة من يمين الطالب
الذمي وينبغي ان يكون الذمي ممن يرضى من الشهدا حتى اذا اشهد على مسلم كان مقبول
الشهادة والذي روي ان النبي عليه السلام قال للانصار تحلفون وتستحقون فلا دليل
فيه للخصم لانه قال عليه السلام ذلك على سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف
لا يرد على المدعي الا بعد ان يمتنع المدعى عليه واليهود لم يمتنعوا من اليمين وانما قالت
الانصار لا نرضى بايمانهم فدل ان الكلام خرج على وجه الانكار وحديث الطحاوي في شرح الاثار
عن وهبان بن عثمان البغدادي قال حدثنا ابو همام قال حدثنا ابن المبارك عن بن ذيب
عن الزهري ان معاوية اول من قضى باليمين مع الشاهد وكان الامر على غير ذلك فان قلت
انتم ابيتم القضا باليمين مع الشاهد لكونه زيادة على النص بخبر الواحد وتجوزون شهادة المراة
الواحدة في الولادة والبكارة وعيوب النسا في موضع لا يطلع عليه الرجال وفيه زيادة على النص
ايضا بخبر الواحد قلت شهادة النسا جوزت بالاجماع في هذه الصورة من غير اشتراط ضم الذكر
اليمين والحكم الثابت بالاجماع كالحكم الثابت بالنص وانما جوزت شهادتهن دفعا للضرورة
ثم لما سقط اعتبار الضم سقط اعتبار العدد ايضا عندنا لان اعتبار العدد في الشهادة بخلاف
القياس لان ذلك لا يفيد شيا زايدا على انا نقول قوله عليه السلام شهادة النسا جايزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه للجنس والجنس يقع على الادنى مع احتمال الكل وهو حديث
مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب فعند مالك يشترط الثنتان وعند الشافعي يشترط
الاربع ومذهبنا مروي عن علي رضي الله عنه وقد روى محمد هذا الحديث في شهادات
الاصل في اول باب شهادة النسا عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد
وعن سعيد ابن المسيب وعطا بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله عليه
السلام شهادة النسا جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه قوله قال ولا يقبل بينة
صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى اي قال القدوري في مختصره
قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بان بينة ذي اليد
اولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفريع وقول احمد بن محمد بن حنبل كقولنا كذا ذكر
الخرقي قوله في مختصره واراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب

بان يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشرا او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق
ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وجه قول الشافعي ان الخارج وذا
اليد تساويا في البينة وانفرد ذو اليد فكان اولى يدل عليه الاحكام منها انهما اذا ادعيا النتاج
كان ذو اليد اولى ومنها انهما اذا ادعيا نكاح امراة واقاما البينة على ذلك فصاحب اليد
اولى ومنها انهما اذا ادعيا الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير او الكتابة بان قال احدهما
هذا عبدي اعتقته او دبرته او كاتبته او قال هذه امتي استولدتها وقال الاخر كذلك واقاما
البينة على ذلك كان ذو اليد اولى ومنها اذا ادعيا الشرا من ثالث فاقاما البينة كان
ذو اليد اولى لان بينة ذي اليد تايدت بما يوبدو هو اليد ولنا قوله عليه السلام البينة على
المدعي واليمين على المدعى عليه بيانه ان النبي عليه السلام جعل جميع البينة من جانب المدعي
لان اللام في البينة للجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم
لمن يدعي الشي ولا دلالة معه ولهذا يقال مسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه
المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك ولان البينات
وضعت للاثبات فايها كانت اكثر اثباتا فكانت اولى لان بينة الخارج تثبت الملك
من كل وجه وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه بل من وجه لان اليد دليل الملك
ولهذا لو راى عينا في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك جاز لمن راى ان يشهد بالملك
له ولهذا لو اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كان بينة البايع اولى لانها
اكثر اثباتا فكذلك هنا ولان بينة ذي اليد قامت على ما يشهد له ظاهر اليد فلا يقبل كما لو
اقامها ابتدا او لم يقم الخارج البينة او اقامها بعد ما قضى القاضي للخارج او اقامها ذو اليد
على الملك المطلق واقام الخارج على الشرا من ذي اليد ولا يلزم على هذا البينة بالتاريخ لان
ظاهر اليد لا يدل على تقدم الملك فقد اقام ذو اليد البينة على ما لا يدل عليه ظاهر يده وكذلك
البينة على النتاج لان اليد لا يدل عليه وكذلك البينة على الاعتاق ونحوه لان المقصود
منه اثبات الولا وكل واحد منهما اثبته ببينته فترجح ذو اليد باليد وكذلك دعوى
كل واحد منهما الشرا من ثالث قال في مختصر الاسرار ولا يلزم للشفيع اذا اقام البينة
على ان الدار الملاصقة للمبيعة ملكه حيث يسمع بينته لانه لا يقصد بها استحقاق ملك
الغير وهي الدار المبيعة ولان ذا اليد اقام البينة فيما يشهد له الظاهر فيما يلحقه الفسخ على
وجه المعارضة فلا يقبل كمن ادعى عليه دينا وانكر فاقام البينة انه لا دين عليه ولا يلزم
اذا اقام البينة على الحرية حيث تقبل وان كان الظاهر يشهد بها لانه لا يلحقها الفسخ ثم
يستوي الجواب بين ان يكون الخارج مسلما او ذميا او مستامنا وعبدا وحرا وامراة
ورجلا والمدعى قبله كذلك والمدعى به كذلك اي مال كان لقوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر والباقي يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين قوله وكذا على
الاعتاق واخواته اي اليد لا يدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير كما لا يدل اليد على
النتاج فكانت بينة ذي اليد اولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت
باليد قوله بها اي بهذه الاشيا وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير قوله قال واذا
نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه اي قال القدوري
في مختصره وفي بعض نسخ المختصر ولزمه وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك

واذا ادعي علي رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتي يثبت ان بينهما خلطة فاذا ثبت
ذلك حلف المدعي عليه وبرئ فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول وحلف المدعي
علي ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه فان لم يحلف لم يحكم له بشي الي هنا
لفظ التفريع وقال الامام علا الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماونا رحمهم الله النكول حجة
يقضي بها في باب الاموال وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي بمجرد النكول بل ينقل اليمين الي
المدعي فاذا حلف الان يقضي له وروي عن احمد بن محمد بن حنبل انه قال اذا نكل المدعي عليه
حبسته ابدا حتي يحلف فيبرا او يقر فيحكم عليه ومذهب سفيان الثوري كمذهب
اصحابنا كذا ذكر مذهبه بعض اصحاب مالك وجه قول الشافعي في عدم القضا بالنكول
ورد اليمين علي المدعي الاستدلال بما روي عن النبي عليه السلام انه رد اليمين علي المدعي
وقد ابطلنا ذلك قبل هذا بابلغ الوجوه ثم استدل علي دفع مذهبنا علي ما يقتضيه قاعدة
اصحابنا فقال ظاهر قوله تعالي واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل
وامراتان ينفي القضا بالنكول لانه زيادة علي كتاب الله تعالي وهي نسخ عندكم وكذا ظاهر
قوله عليه السلام البينة علي المدعي واليمين علي من انكر ينفي ذلك لانه جعل حجة
استحقاق المدعي البينة لان النكول فمن جعل النكول حجة استحقاق المدعي فقد
زاد علي الحديث المشهور وهو نسخ عندكم ولان النكول عن اليمين يحتمل التورع عن
اليمين الصادقة والتحرز عن اليمين الفاجرة والتروي لاشتباه الامر والمحتمل لا يصلح حجة
فاما من قال بالحبس قاس علي دعوي القصاص اذا نكل المدعي عليه عن اليمين وفي
باب اللعان اذا امتنعت المراة عن اللعان فانها تحبس حتي تحلف ولا يقضي بحد
الزنا ولا بالقصاص قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهو مذهب مالك فانه يقول
المدعي قبله اذا نكل عن اليمين لا يقضي عليه بالقصاص ولكن يحبسه حتي يحلف او يقر ولنا
اجماع الصحابة علي القضا بالنكول قال الشيخ الاسلام ابا بكر المعروف بخواهر زاده قال في
مبسوطه روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وابي موسي الاشعري
رضي الله عنهم انهم قضوا بالنكول روي ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن اقرانهم خلاف
ذلك فحل محل الاجماع والمعني في المسالة ان المدعي قبله لما نكل عن اليمين فقد منع بدل
حق المدعي فكان علي القاضي ان يعيده الي اصل حقه وهو ما ادعي قياسا علي من اشتري
عبدا بالف درهم فوجد المشتري به عيبا كان عند البايع فاقر به البايع كان علي القاضي ان
يعيد المشتري الي اصل حقه وهو الثمن بفسخ البيع لان البايع منع بدل حقه علي الوجه الذي
اقتضاه العقد عرفا وقد امكن القاضي اعادته الي اصل حقه وانما قلنا منع بدل حق المدعي
لان ما ادعاه المدعي ثابت في حق المدعي لانه صادق في حق نفسه ان كان كاذبا في حق
المنكر ولهذا جاز الصلح علي الانكار بنا للجواز علي زعمه فالشرع اوجب اليمين علي المنكر
بدلا عما ادعاه المدعي فيما ادعي في حقه ولهذا قال النبي عليه السلام للمدعي لك يمينه
اضاف اليمين الي المدعي بلام التمليك فدل ان اليمين حق المدعي من حيث انه بدل
حقه فكان علي القاضي ان يعيده الي اصل حقه كيلا يبطل حقه عن الاصل والبدل
جميعا هذا تقرير خواهر زاده وكان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بدلا علي مذهب
ابي حنيفة او اقرارا علي مذهب صاحبيه فلولا ذلك لما حلف المدعي عليه عملا بالواجب

عليه وحيث لم يقدم علي اليمين دل انه بذل الحق او اقر فاذا بذل او اقر وجب علي القاضي
الحكم بذلك فكذا اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون
الاقرار لانا نقول لا يعتبر التكرار شرطا في النكول علي ما ذكر محمد في الاصل ولين سلمنا
ان التكرار شرط علي ما ذكره الخصاف فنقول لا يمتنع ان يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار
مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون
الاقرار لانا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار ايضا في الحدود الواجبة حقا لله تعالي فانه اذا
اقر ثم رجع يقبل بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح لتعلق
حق العبد وقال في اشارات الاسرار وانا نقول حق منع المال مضمون باليمين فان
الشرع ما تركه ومجرد انكاره بل وجه عليه اليمين واطلق له المنع بهذا الضمان وانما
قيده بهذا الزمان لان احيا الحقوق واجب بقدر الوسع والامكان وكما لم يظهر الصدق
من كلام المدعي حق القاضي لم يظهر الصدق من كلام المدعي عليه في والبد التي له علي المحل
يحتمله بمنع تركه ومجرد انكاره ضاع جانب المدعي فالشرع جعل للمدعي عليه حق المنع وجعل
لذلك ضمانا وهي اليمين فتصير اليمين في جانب المدعي سببا لاهلاك نفس المدعي عليه
كما هو اهلك علي المدعي ماله وفي زعم المدعي عليه ان اليمين ذكر اسم الله تعالي علي سبيل
التعظيم وما في هذا ضرر في جانبه فانا تحملنا في جانبه اكثر من هذا وهو احضاره مجلس
الحكم وتكليفه الجواب فكذا تكليفه اليمين فان كان فيه صادقا علي ما عليه زعمه فلا ضرر
عليه ومن زعم المدعي انه اهلك نفسه بهذه اليمين الكاذبة فجعل المنع مضمونا باليمين
من هذا الوجه طريقا الي احيا الحق بقدر الوسع وهذا لان الخصومة نشات من منع
المال الا تري انه لو قال لا امنعك انقطعت الخصومة فجعلنا اليمين ضمان المنع الذي
هو اصل الخصومة فاذا لم يحلف ولم يبق له حق المنع اخذه المدعي وليس له مانع فعلي هذا
التقرير يسقط جميع كلمات الخصم ثم وجه قول ابي يوسف ومحمد في ان النكول في معني
الاقرار ان انكاره بعد النكول غير معتبر فيصير مقرا ضرورة ولهذا اعتبر النكول ممن لا يصح
منه البذل وهو المكاتب والعبد الماذون والصبي الماذون وجري في الديون والبذل
في الديون لا يصح فعلم انه بدل عن الاقرار ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق المنع مضمون
باليمين كما مر ومتي لم يات بالضمان فقد ابطل حقه في المنع وصار تقديره لا حق لك فيما
تدعي لكني لا امنعك من ذلك لاني لا اتي بما هو ضمانه في الشرع فيكون النكول بذلا
فاما لا حاجة الي جعله مقرا ورفع انكاره لان الخصومة نشات من المنع حقيقة بدليل
لانا لو انزلناه مقرا فقد كذبناه فيما سبق منه من الانكار ومتي جعلناه باذلا امكن
ان يجعل مصرا علي انكاره باذلا لما يدعيه دفعا للخصومة فلا يثبت هنا شي زايد وهو
تكذيبه وانزاله منكرا فلا حاجة اليه وقولهما يصح من المكاتب والعبد الماذون وغيرهما
قلنا هذا بدل لدفع الخصومة فيملكه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة وان كان لا يملكه
يملكه بانفراده كالاعارة اليسيرة وغيرها من الضيافة يملكها لانها من توابع التجارة
واما الدين فالبدل لا يجري فيه ابتدا اذا كان لا يتعلق به حق احد وههنا قد تعلق به
حق المدعي وفي زعمه انه ليس ببذل وانما هو ايفا الحق والجملة ان بدل الدين في الذمة
ابتدا لا يصح اما اذا جعل في الشرع عليه ضمان وامتنع عن ايفا الضمان ببذل شي فهذا

بما اصح فيجب القضا بالنكول في الاشيا السته وهي النكاح والفي في الايلا والرجعة والرق والولا
والنسب على الاصلين لان النكول بذل عند ابي حنيفة والبدل لا يجري في هذه الاشيا وعندهما
بدل عن الاقرار والقضا في الاشيا السته بساير الابدال جايز كالشهادة على الشهادة وكتاب
القاضي الى القاضي فكذا بالنكول الذي هو بدل عن الاقرار ويبتنى على هذا القضا بالنكول
في الطرف فعندهما لا يقضى به لان النكول بدل على الاقرار وفيه شبهة والقصاص في الطرف يمتنع
بالشبهة كما في النفس الا انه تجب المال لتعذر استيفا القصاص لمعنى في جانب من عليه
كما لو ادعى العمد فاقر بالخطا وعند ابي حنيفة يقضى بالنكول في الطرف لان البذل يجري في الاطراف
لانه يسلك بها مسلك الاموال بخلاف النفس الا ترى ان استيفا بالبذل كاستيفايه يحق
في حق سقوط القصاص والضمان متى اذن رجلا رجل في قطع يده وان اذن بذله كان استيفا
بالنكول كالاموال والجواب عن تعلق الخصم بالاية والحديث فلانا زدنا النكول على كتاب الله
تعالى باجماع الصحابة وانه جايز عندنا كذا قال خواهرزاده في مبسوطه والجواب عن تعلق
الحبس في النكول عن اليمين في دعوى المال على الحبس في دعوى القصاص اذا نكل
المدعى عليه وعلى حبس المراة اذا امتنعت المراة عن اللعان فنقول ان ايفا حق المدعي
بالحبس غير ممكن للقاضي لان الحبس ان وجب من حيث ان اليمين بدل حق المدعي وهو
قادر على ايفايه لم تجب الحبس من حيث ان اليمين حق المنكر من حيث انه يدفع دعوى
المدعي عن نفسه ولا يحبس الانسان متى امتنع من استيفا حقه واذا وجب الحبس باحد الوجهين
لم تجب باعتبار الاخر فلا يجب الحبس بالشك فاذا لم يجب الحبس صار القاضي عاجزا عن
ايفا حق المدعي في البذل وقدر على ايفا حقه في الاصل لان النكول في حق المدعي منع بدل
حقه وانه مطلق للقضا باصل الحق وفي حق المنكر النكول بدل من جهته او بدل من الاقرار
والبذل والاقرار مطلق للقضا باصل الحق فوجب القضا باصل الحق بخلاف القصاص لان
الشك كما تمكن في الحبس تمكن في القصاص لان القضا بالقصاص ان جاز من حيث ان النكول
منع لبذل الحق في حق المدعي لم يجز من حيث انه بذل او بدل عن الاقرار في حق المنكر واذا
تمكن الشك في كل واحد منهما ولا بد من القضا باحدهما حتى لا يبطل حق المدعي اصلا كان
ايجاب الحبس وانه اخف العقوبتين مع الشك اولى من ايجاب القصاص وحد الزنا
قوله والترفع عن الصادقة اي عن اليمين الصادقة روي عن عثمان رضي الله عنه انه
نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضا فيقال عثمان حلف كاذبا كذا ذكر خواهرزاده
في مبسوطه قوله فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه
المحتمل هو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين النكول وجبت عليه
فلو كان اليمين بذلا او اقرارا لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل
الديّن لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين
الكاذبة يكون اقرارا وان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا ولا يجوز ان يكون الامتناع
عن اليمين للتروي لاشتباه الحال اذ لو كان كذلك لاستمهل من القاضي ليتكشف الحال
قوله ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا اشارة الى قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر بيانه ان النبي عليه السلام جعل جنس اليمين على المنكرين لعدم العهد
فمن قال بردها على المدعي كان ذلك منه ردا الحكم الحديث وهو فاسد قوله وينبغي

النكول

للقاضي ان يقول له

للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول
اعلم ان التكرار في النكول ليس بشرط على ما ذكره في الاصل بل اذا قضى بالنكول مرة جاز وانما
ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف لابي حازم
القاضي وذكر الخصاف ان الاستحقاق يتعلق بالنكول ثلاث مرات فان امتنع ثلاثا
قضى عليه بالنكول ثم قال القدوري فيه فان كان المذهب على اطلاق الاصل فالوجه فيه
ان النكول قايم مقام البذل فلا يعتبر فيه التكرار كما لا يعتبر في الهبة وعلى قولهما هو قايم مقام
الاقرار في الاموال لا يعتبر فيه التكرار وان كان المذهب ما حكاه الخصاف فوجهه ان النكول
اضعف من البذل لانه ليس بصريح بذل فجاز ان يتقوى بالتكرار ولان الناكل قد ينكل وهو
لا يعلم ما يلزمه بالنكول فوجب ان يكرر القاضي عرض اليمين ولهذا قالوا ان القاضي يقول
له في كل مرة ان لم تحلف قضيت عليك لانه لا يعلم ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى
يحلف او ينكل وهو يعلم حكم النكول فاذا حصل النكول لم يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم
اليه لانه مختلف في تعلق الحكم به فاعتبر حكم الحاكم ليزول الخلاف قوله اذ هو موضع الخفا
اي الحكم بالنكول موضع الخفا لانه مجتهد فيه قوله لما قدمنا اشارة الى ما ذكر ان النكول
دل على كونه باذلا او مقرا قوله هو الصحيح احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار
قوله والاول اولى اي ما ذكره الخصاف اولى كما في المرتد انه يمهل ثلاثة ايام وهو
اولى فان قتل بلا امهال جاز قوله من خرس او طرش هو الصحيح اعلم ان الروايات اختلفت
فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا
اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه
ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع والخرس افة باللسان
يمنع الكلام اصلا ويقال طرش يطرش طرشا من باب علم اي صار اطروشا وهو الاصم
قوله قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف
عنده في النكاح والرجعة والفي في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء
والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
اي قال القدوري في مختصره الا انه لم يذكر اللعان وقد ذكره محمد في الجامع الصغير في
كتاب القضا وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف الاستحلاف لا يجري في الاشياء
الثلاثة وهي النكاح ويندرج تحته الرجعة والفي في الايلاء لانهما دعوى النكاح في الحقيقة
والرق ويندرج تحته الولاء لانه من احكام الرق والنسب ويندرج تحته امومية الولد
لانها من اثار النسب وقال ابو يوسف ومحمد يجري وقال القدوري في كتاب التقريب
واتفقوا على انه لا يستحلف في الحدود وقال القدوري ايضا في شرح كتاب الاستحلاف
قال ابو حنيفة رحمه الله اذا تعلق بهذه الاشيا استحقاق مال استحلف القاضي في
المال وان كان لا يستحلف في سببه كالمراة اذا ادعت النكاح والمهر والرجل اذا ادعى
النسب والنفقة وذلك لان المال المدعى بهذه الاسباب يصح بذله فيجوز ثبوته
منفردا عنها فجاز الاستحلاف فيه وان لم يستحلف في سببه صورة المسايل ادعى
رجل على امراة نكاحا وهي عليه فانكر الاخر او ادعت المراة عليه بعد انقضا العدة او

او هو عليها انه راجعها في العدة وانكر الاخر ادعت المراة عليه او هو عليها بعد انقضا مدة الايلا انه فا اليها في المدة وانكر الاخر ادعى على مجهول انه عبده او على العكس وانكر الاخر ادعى عليه انه معتقه ومولاه او على العكس وانكر الاخر وكذا في ولا الموالاة لان الولا يشملهما ادعى على مجهول انه ولده او على العكس وانكر الاخر ادعت الجارية انها ولدت منه هذا الولد او ولدا فمات وانكر المولى وصورة دعوى الاستيلاد تاتي من جانب واحد لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت ولا يلتفت الى انكارها والخلاف في هذه المسايل مبني على ان النكول بذل او اقرار فعند ابي حنيفة هو في معنى البذل ولا يجري البذل في هذه الاشيا وعندهما هو بدل عن الاقرار ويثبت هذه الاشيا بسائر الابدال فكذا بالنكول الذي هو بدل عن الاقرار وقد مر قبل هذا انا لا ان النكول يصح ممن لا يصح منه البذل وهو الوكيل والماذون والمكاتب فدل على انه ليس ببذل ولان البذل لا يجبر عليه الانسان فلما كان الحاكم يجبر الناكل على المال دل انه ليس ببذل قال القدوري في كتاب التقريب وهذا ليس بصحيح لانا لم نقل انه بذل وانما قلنا انه في معناه وما في معنى البذل يصح من الوكيل والعبد على قول ابي حنيفة فيمن باع ما يساوي عشرة بخمسة فكذلك ما في معنى البذل قد يجبر الحاكم عليه كالنفقات وقال ابو حنيفة ان المدعى عليه مع براة ذمته مخير بين اليمين ليسقط عن نفسه الدعوى وبين ان ينكل فيستحق عليه المال فحل محل الواهب لما خير بين الهبة وتركها من غير عوض وحتى خير بين تسليم المال واسقاطه فاختار التسليم فهو باذل كالواهب وليس كذلك المقر فانه غير مخير في الاقرار لان الدين ان كان ثابتا وجب عليه ان يقر وان لم يكن ثابتا لم يجب ان يقر فلما كان النكول بذلا والاموال قابلة للبذل استحلف فيها بخلاف هذه الاشيا فانها ليست بقابلة له فلا يستحلف فيها والدليل عليه ان من ادعى على اخر مالا في مجلس القاضي فقال المدعى عليه ليس له علي ذلك ولكني اترك ما ادعى حتى يتخلص نفسي من خصومته فان القاضي يمكنه من ذلك ولو ادعى على امراة نكاحا او شيا من هذه الاشيا فقالت المراة ليس بيننا نكاح ولكن اسلم نفسي حتى اتخلص من خصومته فالقاضي يمنعه عن ذلك فثبت ان البذل لا يجري في هذه الاشيا ووجه ان المستوفي للوطي مع البذل كالمستوفي له من غير البذل فيما يتعلق به من الحكم وهو الحد فاذا لم يصح بذله فمتى استحلفناه فنكل لم يلزمه شي فسقط اليمين عنه بفعله من غير عوض وما امكن المدعى عليه اسقاطه عن نفسه بفعله لم يكن حقا للمدعي لعدم الفايدة فيه فلهذا لا يستحلف فتذكر هنا ما مر في باب خيار العيب من الاعتراض على اصولهم في كون النكول بذلا عند ابي حنيفة واقرارا عندهما منقولا عن الاجناس فان قلت يرد على قولكم لا يستحلف عند ابي حنيفة في الرجعة ما ذكر في كتاب الطلاق ان الرجل اذا طلق امراته طلاقا رجعيا ثم قال لها راجعتك فانكرت اخبرتني احسن انك طعنت في الحيضة الثالثة وقالت المراة انقضت عدتي وما اخبرتك بشي فانها تستحلف فاذا نكلت يقضى عليها بالنكول وهذا قضا بالنكول في باب الرجعة قلت قال الامام علا الدين العالم في طريقته ذاك ليس بقضا بالنكول لان حق الرجعة كانت ثابتة وانها باقية ببقا العدة ظاهرا فالمراة تدعي بطلان الرجعة الواقعة حقيقة بانقضا العدة

فكانت

فكانت منكرة صحة المراجعة معنى فالعبرة في حق التحليف الانكار معنى فيستحلف فاذا نكلت لم يثبت انقضا العدة فصحت الرجعة بناء على بقا العدة لا بالنكول اما في مسيلتنا فالمراة منقضية العدة فلو ثبت الرجعة تثبت بالنكول فظهر الفرق قال في مختصر الاسرار لا يستحلف في شي من الحدود خلافا للشافعي رحمه الله في حد القذف لنا انه حد من الحدود فلا يستحلف فيه كحد الشرب والسرقة وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف في التعزير لانه في حكم الاموال ولذلك يصح فيه العفو والابرا **قوله** على ما قدمناه اشارة الى قوله لو لا ذلك لا تقدم عليه **قوله** او بدلا عنه بفتح الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قايم مقام الاقرار **قوله** واللعان في معنى الحدود وذلك لانه قايم مقام حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقايم مقام حد الزنا في حق المراة وقد مر ذلك في اللعان **قوله** الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون جواب سوال مقدر بان يقال لو كان النكول بذلا لم تجز القضا بالنكول عن المكاتب والعبد الماذون لانهما لا يملكان البذل فقال انما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي وان كانا لا يملكانه بانفراده كالضيافة اليسيرة منهما لانها من توابع التجارة وتقدم بيان ذلك عند قوله واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول **قوله** وصحته في الدين بنا على زعم المدعي الى اخره جواب سوال مقدر بان يقال لو كان النكول بذلا لم يصح القضا بالنكول في الدين لان البذل لا يتحقق فيه لان الدين وصف ثابت في الذمة فقال انما صح فيه بنا على زعم المدعي لانه ايفا الحق في حقه فصح في الدين والمشاع بمعنى ايفا الحق وتحقيقه ان البذل ترك المنع فيما ادعاه المدعي يجري فيما يستباح بالاباحة كالاموال ولا يجري فيما لا يستباح بالاباحة فصح ترك المنع في المال لان امره هين اي سهل لانه خلق في الاصل مباحا مبتذلا لمصالح الناس ولم يصح في الاشيا الستة لان امرها ليس بهين **قوله** ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير في كتاب القضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله قال لا يمين في حد الا ان رجلا لو ادعى على رجل سرقة استحلفه فان ابى ان يحلف ضمنته السرقة قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قال ابو حنيفة لا يستحلف في شي من الحدود لا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا انه ان طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى يتضمن امرين الضمان والقطع والضمان يستوفي بالنكول فوجب اثبات احدهما واسقاط الاخر واصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان الاستحلاف شرع للنكول والنكول اما بذل او اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولان الاستحلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتال لدريها فلا يتكلف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستحلف فيها ويقضى بالمال عند النكول

كما يقضي بها بشهادة رجل وامراتين في المال دون القطع قوله لان المنوط بفعله شيأن
اي لان المعلق بفعل السارق شيان ضمان المال وقطع اليد اما الضمان فيثبت بالنكول
لانه يجري فيه البذل ويثبت بما فيه شبهة واما القطع فلا يثبت بالنكول لانه لا يجري
البذل في الحدود ولا يثبت بما فيه شبهة الاقرار فصار كما اذا شهد بالسرقة رجل وامراتان
حيث يثبت المال ولا يثبت القطع قوله واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول استحلف
الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا وهذه من مسايل الجامع الصغير
ذكرها فيه في كتاب القضا وذلك لان المقصود من هذه الدعوي هو المال ونصف
المهر لا التزوج والاستحلاف يجري في المال قال صاحب الهداية وكذا في النكاح
اذا ادعت هي الصداق يعني اذا كان مع النكاح دعوي المال يجري فيه الاستحلاف
بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان
البذل يجري في الاول دون الثاني قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث
والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة يعني اذا ادعي في النسب حقا
اخر سوي النسب كالمسايل المذكورة يستحلف بالاتفاق وان كان لا يستحلف عند
ابي حنيفة في دعوي النسب المجرد وصورة دعوى الارث ما اذا ادعى علي اخر
انه اخوه مات ابوهما وترك ميراثا لهما في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاتفاق
فان حلف برى وان نكل يقضي بالمال دون النسب وصورة دعوى الحجر في
اللقيط ادعت امراة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه في يد رجل التقطه انه
اخوها وانها اولى بحضانتها فانه يستحلف فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الي
حجرها ولا يثبت النسب وصورة دعوى النفقة ادعى زمن علي موسر انه اخوه
وان نفقته عليه فانكر الاخوة يستحلف فان حلف برى وان نكل يقضى بالنفقة
دون النسب وصورة امتناع الرجوع في الهبة ما اذا اراد الواهب الرجوع في الهبة
فقال الموهوب له انا اخوك فانكر الواهب فانه يستحلف فان نكل ثبت الامتناع
ولم يثبت الاخوة قوله وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت
باقراره يعني يثبت الاستحلاف عند ابي يوسف في النسب المجرد بدون
دعوي حق اخر ولكن بشرط ان يثبت النسب باقرار المقر اما اذا كان بحيث
لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجري الاستحلاف في النسب المجرد عندهما
ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولي لانه اقرار
بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب علي الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار
المراة باربعة بالوالدين والزوج والمولي ولا يصح بالولد ومن سوى هولاء لان فيه تحميل
النسب علي الغير الا اذا صدق الزوج في اقرارها بالولد او تشهد بولادة الولد قابلة
قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه في باب الاستحلاف في
الادعا الاصل في هذا الباب ان المدعي قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان
كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد
فان فايدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا او اقرارا فيقضى عليه فان كان لا
يقضي عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعي قبله بحيث لو اقر

به لزمه ما اقر به فاذا انكر هل يستحلف علي ذلك فالمسيلة علي الاختلاف عند ابي حنيفة
لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد يستحلف فان حلف برى عن الدعوى وان نكل
عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسايل الباب الي هنا لفظ خواهر
زاده وقال ايضا ثم جميع ما ذكرنا انه لا يمين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد
النسب فاما اذا وقع في النسب والميراث والنفقة وانكر المدعي قبله فانه يستحلف
عند ابي حنيفة للمال لا للنسب يستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي بيد عيه
حق وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب
والمال جميعا والمال مما يجري الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال ان كان لا
يستحلف للنسب عند ابي حنيفة وكان الجواب فيه عند ابي حنيفة كالجواب في
السرقة عند الكل اذا انكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ماله قبلك ضمان هذا
المال وان كان لا يستحلف للقطع لان الدعوي وقع في الحد والمال جميعا فيستحلف
للمال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا قوله والاب في حق المراة كما اذا دعت
انه ابوها وفرمت البيان قوله لان في دعواها الابن اي في ادعايها الابن يعني في
اقرارها به قوله والمولي اي السيد قوله في حقهما اي في حق الرجل والمراة وهو متعلق
بقوله والمولى والزوج جميعا لان اقرار الرجل والمراة جميعا بالمولي والزوج يصح قوله
قال ومن ادعى قصاصا علي غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما
دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه الارش فيهما اي قال القدوري في مختصره
وهي مسيلة الجامع الصغير في كتاب القضا وهذا في دعوى القتل علي واحد
من غير اهل المحلة ومنه يبرا باليمين الواحدة ولا يجب شي اخر بعد ذلك فاما اذا كان
دعوي القتل علي اهل المحلة او علي بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجي في
باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ان شا الله تعالي ثم اعلم انه اذا ادعي
القصاص في النفس او في الطرف يحلف بالاتفاق فان حلف برى وان نكل يقضى
في الطرف ولا يقضي بشي في النفس ولكن يحبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا
وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعا وهذا الاختلاف فرع علي اختلافهم
في معنى النكول فعند ابي حنيفة هو في معنى البذل وعندهما في معنى اقرار فيه
شبهة لانه لم يصرح بالاقرار فالنكول اقرار فيه شبهة والقصاص عقوبة متناهية
والعقوبات لا تثبت بما فيه شبهة ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول في النفس
بالاتفاق ولهذا لا يثبت بالشهادة علي الشهادة ولا بشهادة رجل وامراتين ولا
بكتاب القاضي الي القاضي واذا تعذر استيفا القصاص وجب المصير الي
المال لان القطع العمد له موجبان القصاص عند الامكان والمال عند التعذر
وههنا وقع التعذر فيصار الي المال ومتى كان التعذر من جهة المدعي لا يصار
الي المال الا ترى انه اذا ادعى العمد واقر بالخطا يصار الي المال لان التعذر
جا من قبل المدعى عليه ولو ادعى الخطا واقر بالعمد لا يصار الي المال لان التعذر
جا من قبل المدعي وههنا التعذر ما جا من قبل المدعي عليه حيث لم يقر بالقصاص

واذا اتي بشهادة رجل وامراتين في دعوى العمد فالتعذر جامن قبل المدعي حيث لم يات
بحجة صالحة لاستيفا القصاص فلا يصار الي المال وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان النكول
في معنى البذل حتى لا يلزم تكذيب المسلم في انكاره سابقا باقراره ثانيا وقد مر بيان
ذلك عند قوله واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ثم نقول لا يخلو اما
ان يجعل النكول ايفا الحق في حق المدعي او بدلا في حق المدعى عليه فان كان ايفا فالطرف
محل قابل للايفا وان كان بدلا فالطرف محل قابل للبذل لان الاطراف خلقت وقاية وصيانة
للنفوس ليعود نفعها الي النفس كالاموال يجار بدلها الا ترى انه اذا كانت في يده
اكلة يباح له قطعها لصيانة النفس ودفع الهلاك عنها وكذا يجوز قلع السن الوجع
لهذا المعنى وفي بدل الطرف دفع الهلاك عن نفسه ودفع العار والشين عنها لان
اليمين الكاذبة سبب لهلاك النفس في الدنيا والاخرة بخلاف النفس فانها قابلة
للايفا غير قابلة للبذل لان البذل في الطرف انما صار مشروعا صيانة للنفس وليس
في بدل النفس صيانة النفس فلا يكون بدلها مشروعا واذا تعذر استيفا القصاص
لا يصار الي المال بل يحبس حتى يحلف او يقر لان اليمين اصل حقه لا بدل حقه ويستوفى
منه المال وهو الدية لتوهم الاقرار بالقصاص فتعذر استيفا الدية من هذا الوجه
وتعذر ايضا من وجه اخر وهذا انا لو قضينا بالدية يكون هذا قضا على غير ما وقع
عليه الدعوى لانه ادعى القصاص ولم يدع المال والقصاص عندنا موجب العمد
عينا وانما المال يصير موجبا له عندنا لضرورة فلو قلنا باستيفا المال يكون ذلك قضا
على خلاف موجب العمد وعلى غير ما وقع عليه الدعوى فان قيل المال موجب العمد
عند تعذر القصاص كما في الخطا قلنا صيرورة المال موجب العمد مع انه لا يدعي المال
خلاف الحقيقة عرفناه نصا بخلاف القياس في قتل الخطا لان القياس ثمة ان
يستوفى القصاص لان الخطا انما يصلح عذرا في حقوق الله تعالى لا في حقوق العباد
غير ان الله تعالى عفا عنه لعذر فيه وجعل موجب القتل المال فيجب النظر باي
طريق صار المال موجبا للقتل فنقول هناك المال صار موجبا للقتل باعتبار ان
التعذر جا من قبل القاتل مع سلامة النفس ففي كل موضع جا التعذر من قبل القاتل مع
سلامة النفس يصار الي الدية واذا مات القاتل فالتعذر ما جا من قبل القاتل وما
جا من جانب المحل فلا يصار الي المال واذا ادعى العمد واقر بالخطا يصار الي المال لان
التعذر جا من قبل المدعي وههنا التعذر جا من قبل المدعي لانه لم يات بحجة صالحة
للاستحقاق لانه اتي بمجرد الدعوى والدعوى لا يصلح سببا للاستحقاق فيما خلق معصوما
في الاصل بخلاف الاموال كذا ذكر البرهان الاجل صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر
بن ابي سهل البخاري المعروف بمازه في طريقته المسماه بالطريقة البرهانية **قوله**
خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه يعني اذا امتنع القصاص
من جهة من له القصاص كما اذا اتي بشهادة رجل وامراتين في دعوى العمد لا تثبت
القصاص ولا يجب المال اصلا فلانه لا يثبت القصاص فيما اذا امتنع من جهة من
عليه مع سلامة النفس ووجوب الدية اولي لان القصاص والدية لا يجتمعان وهو
معنى قوله خصوصا وقد مر البيان الشافي قبل هذا **قوله** الا انه لا يباح لعدم الفايدة يعني

اذا قطع يده من قال اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفايدة كما اذا قال لغيره
خرق ثوبي واتلف مالي لا يباح له لعدم الفايدة حتى اذا كان في القطع فايدة يباح كما في
قطع اليد للاكلة وقلع السن لدفع الوجع وهذا بخلاف النفس فانه لا يباح قتلها اذا قال
اقتلني حتى اذا قتله لا ينتفي الضمان بل يجب القصاص في رواية عن اصحابنا وهو قول
زفر ويجب الدية في ماله في رواية وقد عرف في المختلف **قوله** كقطع اليد للاكلة والاكلة
قرحة غايرة في البدن كثيرة العفن وسببها دم فاسد عفن يستحيل الي السوداوية واول
علاجها استفراغ الخلط السوداوي والباقي يعلم في كتب الطب **قوله** يحبس به اي
بالحق المستحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا
قوله قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة
ايام اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون
غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي الي هنا لفظ القدوري رحمه الله
ثم اخذ الكفيل اختلف السلف فيه روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن
ابراهيم النخعي انه جوز اخذ الكفيل وهذا استحسان اخذ به علماونا رحمهم الله والقياس
ان لا يجوز كذا ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح ادب القاضي في باب
اخذ الكفيل وجه القياس ان مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق الا ترى
الي ما روي في شرح الاثار عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دما رجال واموالهم
ولكن اليمين على المدعى عليه كيف وقد عارضه المدعى بالانكار فاذا صار الدعوى
معارضا بالانكار لم يثبت حجة لاستحقاق شيء فاذا لم يثبت لا يجب عليه اعطاء
الكفيل ووجه الاستحسان ان في اخذ الكفيل نظرا للمدعي فان المدعي متى احضر
بينته فربما يخفي المدعى عليه شخصه فلا يقدر المدعي على اثبات حقه بالبينة
فيكون في ذلك ضرر بالمدعي ولو قلنا بانه يصار الي التكفيل يحصل به النظر للمدعي
ولا يكون فيه كثير ضرر على المدعى عليه فقلنا بانه يصار الي التكفيل الا ترى ان القاضي بمجرد
الدعوى يعدي على الخصم ويمنعه عن اشغاله وان كان دعواه محتملا لانه لا يمكنه الانصاف
والنظر للخصمين الا بهذا الطريق فكذلك يجوز له ان ياخذ كفيلا ايضا نظرا للمدعي بمجرد
دعواه وان لم يثبت بمجرد الدعوى شيء وقال في الفتاوي الصغرى في كتاب
ادب القاضي ادعى على اخر وقال لي بينة حاضرة في المصر فطلب من القاضي ان ياخذ
من المدعى عليه كفيلا ياخذ الي ثلثة ايام والي المجلس الثاني وهذا اذا كان المدعى عليه
غير معروف فان كان معروفا فكذا في ظاهر الرواية وروي عن محمد انه لا ياخذ وكذا في
ظاهر الرواية انه ياخذ كفيلا وان كان المال حقيرا وعن محمد انه اذا كان المال حقيرا لا ياخذ
الكفيل وهذا اذا كان المدعى عليه من المصر اما اذا كان غريبا لا يا منه كفيلا وهذا اذا
كان المدعي يقول لي بينة حاضرة في المصر اما اذا قال لي بينة غايبة لا ياخذ ثم تاقيته
الكفالة بثلاثة ايام او نحوها ليس لاجل ان يبرا الكفيل عن الكفالة بعد ذلك الوقت
كان الكفيل الي شهر لا يبرا بعد مضي شهر لكن التكفيل الي شهر لتوسعة الامر على الكفيل
حتى لا يطالب الكفيل الا بعد مضي شهر لكن لو عجل الكفيل صح ونظيره في الفتاوي الصغرى

في كتاب الكفالة عن النوازل قال الفقيه ابو جعفر فيمن كفل بنفس رجل الي ثلاثة ايام فمضت الايام الثلثة لا يبرا من الكفالة وانما الثلثة الايام اجل لتاخير المطالبة لا للالزام وعن ابي بكر الاسكاف انه قال كنت عند الحاكم عبد الحميد فاراد ان يطالب رجلا بكفالة نفس قد كفل الي ثلثة ايام فقلت له لا يلزم المطالبة الا بعد ثلاثة ايام فاذا مضت ثلاثة ايام فله المطالبة بنفسه ابدا ما لم يسلم اليه وقلت له لو باع عبدا الي ثلاثة ايام والثمن لا يلزمه الا بعد ثلثة ايام فكذلك هنا فقال عبد الحميد كنت لم اعلم بذلك والحاصل في المسيلة ما قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اخذ الكفيل قال ابو حنيفة واصحابنا جميعا اذا تقدم الرجل الي القاضي ومعه رجل يدعي عليه حقا وسال ان ياخذ منه كفيلا ثلثة ايام وقال لي بينة حاضرة في المصر فان القاضي ياخذ له منه كفيلا ثلثة ايام اذا كان المطلوب من اهل المصر وروي عن ابي يوسف انه ياخذ كفيلا الي المجلس الثاني قال القاضي كان لا يجلس علي الدوام ومتي ادعي في هذا المجلس لا يمكنه احضار البينة واثبات حقه فيه وانما يمكنه الي المجلس الثاني فياخذ منه كفيلا الي المجلس الثاني حتي يجلس القاضي بنفسه فيقيم البينة عليه وان كان القاضي يجلس في كل يوم اخذ منه كفيلا الي اليوم الثاني او ياخذ كفيلا الي ثلثة ايام ثم في ظاهر الرواية يجبر المطلوب علي اعطا الكفيل اذا طالبه المدعي بذلك سوا كان المدعي عليه معروفا او لم يكن معروفا والمدعى به خطيرا او حقيرا وروي عن محمد انه قال اذا كان الرجل معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي شخصه بذلك القدر من المال فانه لا يجبر علي اعطا الكفيل ولكن ان اعطي بنفسه كفيلا مختارا يوخذ منه وان لم يعط لا يجبره القاضي علي ذلك وكذا اذا كان المال حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبره ولكنه ان اعطي الكفيل من غير جبر يقبل والا فلا وفي ظاهر الرواية لم يفصل بينهما لان اعطا الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينما اذا كان معروفا او لم يكن وكان المال خطيرا او حقيرا كاليمين واما اذا كان المطلوب غريبا لا يجبر علي اعطا الكفيل ولكن ان اعطي كفيلا بنفسه مختارا يقبل ذلك منه وان لم يعط لا يجبر علي ذلك وذلك لان الكفيل يمنعه من السفر والذهاب الي منزله فيودي الي الحاق الضرر به فقلنا بانه لا يجبر وان كان المدعي يتضرر بذلك لان ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ربما يكون صادقا في الدعوي او كاذبا والموهوم لا يعارض المتحقق ثم المسافر لا يجبر علي اعطا الكفيل ولكن يمهله القاضي الي اخر المجلس لانه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة ويحصل النظر للمدعي كما في امساكه علي باب القاضي يوما او اكثر ليحضر المدعي بينته ضرر علي المطلوب فلا يجوز المصير اليه دفعا للضرر فاذا جا اوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شا فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وهذا لان الظاهر يشهد للطالب لانهما في المصر والموضع موضع الاقامة لا موضع السفر

فالمطلوب

فالمطلوب بقوله انا مسافر يريد اسقاط الحق عن نفسه فلا يسمع منه وقال بعضهم القاضي يساله مع من يريد السفر فان اخبره مع فلان فالقاضي يبعث الي الرفقة امينا من امنايه يسال ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك الامر قال تعالي ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد كذلك انضم قولهم الي قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الي اخر المجلس فان احضر المدعي بينته في هذه المدة والا خلي سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقي ثلثة ايام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبره علي اعطا الكفيل ثلثة ايام فانه لا يمكنه الخروج الا بالاستعداد وذلك لا يتهيا له الا في مدة فقلنا بانه يطالب باعطا الكفيل ونظير هذا العسر اذا ادعي المطلوب انه معسر فان القاضي يحكم فيه الزي الا اذا كان المرء من العلما ومن العلوية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم فاما في حق غيرهم يحكم الزي ان كان عليه زي الفقرا كان القول قوله وان كان عليه زي الاغنيا لا يكون القول قوله وتحكيم الثياب والزي جايز قال تعالي ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فدل ان تحكيم العلامة جايز وان ادعي الطالب قبل المطلوب حدا في قذف او قصاصا وقال لي بينة حاضرة وطلب كفيلا من المطلوب فانه يجبر علي اعطا الكفيل عند ابي يوسف ومحمد وعلي قول ابي حنيفة لا يجبر وان اعطي كفيلا جاز وفي الحدود الواجبة حقا لله تعالي خالصا كحد الزنا وشرب الخمر لا يطالب بالكفيل بالاتفاق وقد مر ذلك في كتاب الكفالة قوله وقد مر من قبل اي في اول كتاب الكفالة وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز الكفالة بالنفس قوله واخذ الكفيل بمجرد الدعوي استحسان قال في الفتاوي الصغري ذكر في باب العدوي من ادب القاضي انه لا يعدي بمجرد الدعوي ثم قال قالوا وهذا اذا كان الموضع بعيدا من المصر اما اذا كان قريبا يعديه بمجرد الدعوي كما لو كان في المصر والفاصل بينهما اذا كان بحال لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس القاضي ويجيب خصمه ويبيت في منزله فهو قريب والا فهو بعيد ثم اذا كان بعيدا ماذا يصنع القاضي قال بعضهم يامر المدعي باقامة البينة علي موافقة دعواه لا لاجل القضا بل لاحضار خصمه والمستور في هذا يكفي فاذا اقام يامر انسانا ليحضر خصمه ومنهم من قال تحلفه القاضي فان نكل اقامه عن مجلسه وان حلف يامر انسانا ليحضر خصمه قوله يعدي عليه اي يعان علي المدعي عليه بالاشخاص منه قول الشاعر ونستعدي الامير اذا ظلمنا فمن يعدي اذا ظلم الامير قوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه ياخذ الكفيل الي المجلس الثاني قال في شرح الاقطع هذا ليس باختلاف في الحقيقة لان ابا حنيفة علي ما شاهده من رسم القضاه وجلوس الحكام يوما ويوما لا ان المجلس الثاني يكون في اليوم الثالث قوله في الظاهر اي في ظاهر الرواية قوله بين الخامل يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر قوله عيب بفتحتين بخفيفة اليا وبضم العين مشددة البا قوله فالاستثنا منصرف اليهما اي الاستثنا المذكور في مختصر القدوري في قوله الا ان يكون غريبا عند قوله فان فعل

والامر بملازمته الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا يعني الغريب
لا يوخذ منه الكفيل ولا يلازم وقد مر بيانه ومعنى قوله فان فعل اي ان اعطى المدعى
عليه الكفيل يقبل ذلك وان لم يعط يلازمه المدعى قوله وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر قال في الفتاوى الصغرى في مسايل القدوري المدعي اذا طلب من
القاضي ان ياخذ من المدعى عليه كفيلا وابى المدعى عليه اعطا الكفيل فالقاضي يامر
المدعي بملازمته ثم قال وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار او يبعث امينا
حتى يدور معه ابنما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه
بنفس الدعوى ولا يشتغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا
انتهى المطلوب الى داره فان المطلوب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب
على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال ورايت في الزيادات
في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن
المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار
وحده فربما يهرب من جانب اخر فيفوت ما هو المطلوب والمقصود من الملازمة

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين في اي موضع يكون
وفي اي موضع لا يكون شرع في بيان كيفيتها لان الصفة تتبع الموصوف وكيفية الشي
صفة له قوله قال واليمين بالله تعالى دون غيره اي قال القدوري في مختصره
وذلك لما روى مالك في الموطا عن نافع عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم فمن كان حالفا فليحلف
بالله او ليصمت وفي رواية السنن او ليسكت وقد مر بيان حقيقة اليمين في
كتاب الايمان قوله ويوكد بذكر اوصافه هذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وهو التغليظ اي التاكيد بذكر صفات الله تعالى في اليمين هو
التغليظ فيها اعلم ان القاضي اذا اكتفى بذكر اسم الله تعالى في اليمين جاز لان معنى
القسم الذي يراعى حرمته قد وجد واذا غلظ اليمين على الحالف زجراله عن الاقدام
على اليمين الكاذبة جاز قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي
والقضاة مختلفون وكل واحد اختار لنفسه شيا ولكن ينبغي ان يتامل حتى
حتى لا يكرر عليه الايمان فانه متى حلفه بالله الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة
فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلثة ايمان والمستحق عليه يمين واحدة
فيراعي القاضي هذا ثم صفة التغليظ ان يقول له قل والله الذي لا اله الا هو عالم
الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من
السر ما يعلم من العلانية الكبير المتعال ما لفلان بن فلان هذا عليك ولا عندك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي منه وذكر القهوت بالله
تعالى دون الاقتصار على اسمه عز وجل للتاكيد والتعظيم لانه اذا فخم اليمين
وعظم شانها لم يتجاسر عليها الانسان والا فلو اقتصر على قوله والله كان جايزا كذا ذكر
ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي وقال بعضهم يعتبر القاضي في هذا حال

المنكر

المنكر ان عرفه بالصلاح اكتفى بذكر اسم الله تعالى وان عرفه على غير ذلك الوصف
غلظ اليمين وقال بعضهم يعتبر المدعى به ان كان مالا عظيما غلظ اليمين عليه لانه
ربما لا يبالي من ذكر اسم الله وان كان حقيرا اكتفى بذكر اسم الله وانما يذكر في
الحلف قوله ولا شي منه لجواز انه قد ادى البعض قوله قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب ادب
القاضي من الاصل ولا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج وذلك لما روينا من حديث
ابن عمر رضي الله عنه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر ولان القسم يقتضي تعظيم المقسم به وهذا النوع من التعظيم لا
يستحقه الا الله تعالى قال في الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق
لم يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض وبه افتى الامام ابو علي بن الفضل بسمرقند
وينبغي انه لا يجوز وان مست الضرورة يجوز فاذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي
ان الراي الى القاضي اتباعا لهولاء السلف وقال في خلاصة الفتاوى فلو حلفه
القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر في الواقعات الحسامية
في كتاب ادب القاضي في الباب المعلم بعلامة الواو واذا شك الرجل فيما يدعى
عليه ينبغي ان يرضي خصمه بشي ويصالحه ولا يعجل باليمين احترازا عن الوقوع في
الحرام وهو اليمين الكاذبة وان ابى الخصم الا ان يحلفه فان كان اكبر رايه انه محق
في دعواه فلا يحلف وان كان اكبر رايه انه ليس على الحق وسعه ذلك ونذكر هنا
نبذا من مسايل ذكرها الخصاف في اواخر كتاب الحيل ان قال كل امراة لي طالق
وينوي كل امراة اتزوجها باليمن او بالهند او بالسند او في بلد من البلدان
له نيته في ذلك ولا يحنث في ذلك وقال ان ابتدا اليمين بالله تعالى
ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انا
احلفك بما اريد وقل انت نعم كلما وقعت انا كيف تحتال في ذلك وقد
كتب اليمين في كتاب وهو يريد ان يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشي
وصدقة ما يملك قال يقول له نعم وينوي بنعم من النعم اي من الانعام فاذا
اجابه بنعم ينوي نعما من الانعام لم يكن عليه شي وكذلك ان قال نساؤك
طوالق وينوي نساءه العور او العميان او العرجان او المماليك او اليهوديات
او النصرانيات ويقصد الى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك
المماليك وجميع ما يملك من نوع من تلك الانواع التي ذكرناها يقصد بنيته
الى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث وقال ان كان يستحلفه
على فعل مضى واراد ان يحلف له انه لم يفعل كذا وكذا واحضر المملوك قال
يضع يده على راس المملوك او ظهره ويقول هذا حر يعني ظهره حر ان كان فعل
كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعتق المملوك انه لم يفعل كذا يعني لم افعل
ذلك الشي بمكة او في المسجد الحرام او في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم او في
بلد من البلدان وينوي ذلك فلا يحنث ان كان قد فعل ذلك الشي في غير
ذلك الموضع الذي نوى وقصد وان اراد ان يحلف بطلاق امراة قال يقول

امراتي هذه طالق ثلاثا وينوي عملا من الاعمال مثل الخبز والعسل او طالق من وثاق وينوي
بقوله ثلاثا ثلاثة ايام او ثلاثة اشهر او ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حنث او قال قلت
ارايت سلطانا بلغه عن رجل كلام فاراد ان يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه
فما الوجه فيه قال الوجه فيه ان يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عني فاذا
قال بلغني عنك انك قلت كذا وكذا وحكى له الكلام فان شا حلف له بالعتاق
والطلاق انه ما قال هذا الكلام الذي حكاه هذا ولا سمع به الا الساعه يعني ما تكلم
بهذا الكلام الذي حكاه ولا سمع به بهذه الكلام بعينه قبل الساعه فلا يكون عليه اثم
وان شا نوى في الطلاق والعتاق ما شرحناه وان شا حلف انه لم يتكلم بهذا الكلام
بالكوفة او بالبصرة او في اليمن او في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم بهذا
فيه وينوي بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى انه لم يتكلم به بالنهار او نوى
في دار فلان او في المسجد الجامع او في شهر رمضان او ما اشبه هذا والباقي يعلم في كتاب
الحيل قوله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى اي قال القدوري في مختصره وقال القدوري في
شرح كتاب الاستحلاف قال ابو يوسف قال ابو حنيفة لاهل الذمة واهل الاسلام والعبد
التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمراة فيما ادعوا وادعي عليهم سوا اما الذمي فانه لا يفارق
المسلم في احكام المعاملات ولانهم محمولون على احكامنا الا ما استثني بعقد الامان واما
العبد التاجر فلانه ممن يصح اقراره فجاز ان يستحلف وكذا الصبي التاجر على اصلنا اذا الاذن
له جايز فيصير كالعبد الماذون والمكاتب في يد نفسه فهو في باب المعاملات كالحر
والمراة لا يفارق الرجال في باب التصرف فجريا مجرى واحدا الى هنا لفظ القدوري وقال
في شرح الطحاوي ويستحلف النصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى ويستحلف
اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى ولا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وعند محمد يحلف بالله الذي خلق النار ولا يستقبل به القبلة ولا يدخل الكعبة ولا الكنيسة
ولا بيت النار الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال في الاجناس قال في المجرد
قال ابو حنيفة ان لم يتهمه القاضي اقتصر على قوله بالله الذي لا اله الا هو وان اتهمه حلفه
بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من
العلانية الذي يعلم خاينة الاعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين واما في حق اليهود
يحلف بالله الذي انزل التورية على موسى وفي حق النصارى بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ويحلف غيرهم من اهل الشرك
بالله تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهودي ولا بيعة النصارى ولا بيت نار المجوس واما
استحلافه عند القاضي ونقل عن ادب القاضي للاصل والاصل ان فايدة اليمين النكول
الذي هو اقرار او بذل والكافر يعتقد منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه اليمين كما في المسلم
وكل ذي دين يعتقد الحرمة لمعبوده فيمتنع من الاقدام على ما فيه هتك حرمة معبوده
والكافر يمتنع من اليمين الكاذبة فيحصل ما هو المطلوب كما في حق المسلم غير ان المسلم تغلظ
عليه اليمين بنحو ما قلنا واليهودي يغلظ عليه بالله الذي انزل التورية على موسى
لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمة الا ترى الى ما روي في السنن مسندا الى البراء بن

عازب رضي الله عنه قال مر على النبي صلى الله عليه وسلم بيهودي محمم فدعاهم فقال هكذا
تجدون حد الزاني قالوا نعم فدعا رجلا من علمايهم فقال نشدتك بالله الذي انزل التورية
على موسى هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم فقال اللهم لا ولولا انك نشدتني لهذا لم اخبرك نجد
حد الزاني في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا
اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شي نقيمه على الشريف والوضيع
فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله عليه السلام اللهم اني اول من
احيي امرك اذ اماتوه فامر به فرجم وهذا الحديث حجة لابي يوسف في رجم الكافر على
ابي حنيفة ومحمد وجوابهما انه نسخ لانه كان بحكم التورية وقد نسخ في الحدود والنصراني يحلف
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لان النصراني يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا
فيما بينهم انه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة
فيحصل ما هو المقصود واما المجوسي فهل يحلف بالله الذي خلق النار قال محمد يحلف
وذلك لانه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة فيحصل المقصود وقد ذكره
في الاصل وشرح الطحاوي ومر ذلك انفا وقال الخصاف في ادب القاضي ويحلف
غير اليهود والنصارى من اهل الشرك بالله لما روي عن النبي عليه السلام انه قال من كان
منكم حالفا فليحلف بالله واذا كان كذلك يحلف بالله لا بذكر النار ونحوها لانه في ذكر النار
تعظيمها بخلاف ذكر التورية والانجيل لان كتب الله معظمة واليه ذهب بعض مشايخنا
وقال في شرح الاقطع واما الصابية فان كانوا يومنون بادريس عليه السلام استحلفوا
بالله الذي انزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله
الذي خلق الكواكب قوله ابن صوريا هو بالقصر اسم اعجمي قوله انشدك بالله يقال نشدته
الله ونشدته بالله نشدة اي ذكرته ونشدت الضالة نشدا اذا طلبتها قوله في كتابكم هذا اي
التحميم قوله والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون بالله تعالى والدليل على ذلك
قوله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يقال لو كانوا يعتقدون الله لم يعبدوا الاوثان
لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا ترى الى قوله تعالى ما نعبدهم
الا ليقربونا الى الله زلفى فاذا ثبت انهم يعبدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين
الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفايدة المطلوبة من اليمين وهي النكول قوله ولا يحلفون في بيوت
عباداتهم هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان ولانه يكره قوله
للقاضي حضور ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي اي مكان حلفه جاز
قال في الاجناس قال في الماخوذ للحسن وان سال المدعي القاضي ان يبعث به الى
بيعته او كنيسته فيحلفه هناك فلا باس ان يفعله اذا اتهمه وقال في الاجناس ايضا
قال في المجرد ولا ينبغي للقاضي ان يحلف المدعي ان شهوده قد شهدوا بالحق ولا شهوده
انهم يشهدون بحق ورايت في محيط شمس الايمة الحلواني واستحلاف الاخرس ان يقول
القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس براسه اي نعم
او يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الاخرس براسه اي نعم لان الاشارة من الاخرس
اذا كانت معروفة النفي والاثبات بمنزلة العبارة من الناطق في ساير الاحكام فكذا
في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك الف درهم فقال نعم

لايكون يمينا لانه يصير كانه قال احلف وذلك لايكون يمينا فكذلك الاخرس ولو قال عليك
عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير كانه قال علي عهد الله ان كان لهذا علي كذا
قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان اي قال القدوري في مختصره
وعند الشافعي يغلظ بالمكان والزمان اما المكان فانه يحلف بين الركن والمقام بمكة وعند
منبر رسول الله بالمدينة وعند الصخرة ببيت المقدس وفي الجوامع في ساير البلاد واما الزمان
فبعد العصر وهذا التغليظ فيما ليس بمال كالنكاح والطلاق والعتاق والنسب والرجعة
والقتل والجرح واما المال اذا كان قدره عشرين دينارا او اكثر غلظت اليمين بالمكان والزمان
كذا في مختصر الاسرار وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك ويحلف الناس في المساجد
ولا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يحلف عنده الا
على ربع دينار فصاعدا ويحلف على اقل من ذلك في ساير المساجد واذا وجبت
يمين على امراة احلفت في المسجد ليلا ان كانت ممن لا تخرج نهارا ويحلف اليهودي
والنصراني حيث يعظمان من الكنيسة والبيعة ولا يحلفان الا بالله عز وجل الى هنا
لفظ كتاب التفريع وقال في كتاب المستوعب للحنابلة واما التغليظ بالزمان
فانه يحلفه بعد صلاة العصر وبين الاذان والاقامة واما التغليظ بالمكان فبمكة
بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند
الصخرة وفي بقية البلاد عند المنبر في الجامع ويحلف اهل الذمة في المواضع التي
يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين ثم قال فيه ولا يغلظ اليمين الا فيما له
خطر مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي يجب
فيه الزكاة وقيل فيما يقطع منه يد السارق الى هنا لفظ المستوعب ومذهب سفيان
الثوري كمذهبنا نقله هكذا بعض اصحاب مالك وجه قولهم ما روي عن جابر ان رسول
الله عليه السلام قال من حلف على منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعده من النار
ولانه معنى يتغلظ به يمين احد المتداعيين فجاز للحاكم ان يغلظها به كالتاكيد باللفظ
ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر رواه محمد في كتاب
الشهادات من الاصل في باب الاستحلاف عن ابي يوسف عن الحجاج بن
ارطاه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله عليه السلام بيانه ان
النبي عليه السلام اطلق اليمين ولم يقيد بزمان ولا مكان فعلم ان ذلك ليس بشرط
ولان اليمين حجة لاحد الخصمين فلا يختص بزمان ولا مكان كالبينة ولان اليمين في
المال القليل لا يختص بزمان ولا مكان فكذلك المال العظيم لان كل ذلك حق يجب
على المدعى عليه باليمين ولان اليمين وضعت لقطع الخصومة فلا يتغلظ بزمان ولا
مكان كحكم الحاكم واقامة البينة يوضحه ان البينة يستحق بها واليمين لا يستحق بها
شي فاذا لم يتغلظ البينة بزمان ولا مكان فاليمين اولى والجواب عن حديث
الخصم نقول ذلك وامثاله يدل على تاكد حكم اليمين على منبره عليه السلام وعظم
المأثم لا انه شرط في اليمين والجواب عن معقولهم قلنا نحن نقول بموجبه
لان عندنا للحاكم فعله ان راى ذلك وانما الخلاف في كونه واجبا او سنة فان
ادعوا ذلك فلا نسلم ذلك في الاصل لان ذلك التغليظ على ما يراه القاضي كما

في مسيلتنا على انا نقول لم يرو ان النبي عليه السلام حلف احدا عند منبره او بين الركن
والمقام وانما كانت الايمان بحضرته وهذا دليل على ان التحليف عند المنبر ليس بشرط
والفقه في ذلك ان المقصود من ذكر اسم الله في اليمين تعظيم المقسم به والتعظيم حاصل
بلا اشتراط مكان ولا زمان على ان في اشتراط المكان والزمان حرجا على القاضي في الحضور
والحرج مدفوع شرعا فلا يشترط **قوله** قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف
فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت اي قال القدوري
في مختصره قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وانما يحلف على صورة انكار
المنكر عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحلف على صورة دعوى المدعي لا على صورة
انكاره الا اذا كان يعرض المنكر فيحلف على صورة انكاره بيانه اذا ادعى عنده وديعة
او قرضا او غصبا او ما اشبه ذلك وهو ينكر ويقول ليس علي شي فان عند ابي حنيفة
ومحمد يحلف على صورة انكاره بالله ليس له عليك شي من هذا المال الذي يدعيه عليك
وفي الوديعة يحلف بالله ماله قبلك هذا المال الذي يدعيه ولا شي منه ولا بدل له ولا بدل
جزء منه وعند ابي يوسف يحلف بالله ما اودعه وما باعه ولا اقرضه الا اذا قال
المنكر للقاضي الرجل قد يقرض او يودع ثم يسترد وكذلك يبيع ثم يفسخ فاذا عرض للقاضي
بمثل هذا فح يحلف على ما ينكر وفي البيع يحلف بالله ما بينك وبينه هذا البيع الذي
ادعى قايما الساعة عند محمد ولا يحلف بالله ما باعه وكذلك عند ابي يوسف اذا عرض
المدعي للقاضي ولو ان امراة ادعت على رجل انه طلقها ثلاثا وهو ينكر فانه لا يحلف بالله
ما طلقها ثلاثا لانه يجوز ان يطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر ولكنه يحلف
بالله ما طلقها في النكاح الذي بينكما ثلاثا وكذلك اذا ادعت امة على مولاها انه
اعتقها فانه لا يحلف بالله ما اعتقها لانه يجوز ان يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار
الحرب ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما اعتقها في الرق القايم في الحال في ملكه هذا
وهذا فيمن سبى بعد الحرية كالعبد اذا كان ذميا او صغيرا او امة فاما اذا كان العبد
كبيرا مسلما فانه يحلف بالله ما اعتقه لانه بعد الحرية لا يسترق رقبته ولو ادعى
رجل على امراة نكاحا او ادعت المراة على الزوج فعلى قول ابي حنيفة لا يستحلف
وعندهما يستحلف ثم عند ابي حنيفة يحلف على صورة دعوى المدعي وعند محمد
يحلف على صورة انكار المنكر ولو ادعى رجل على اخر قتلا خطا ووجبت عليه
الدية وهو ينكر وجوب الدية فعند ابي يوسف يحلف بالله ما قتلت وعند محمد
يحلف بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك فان حلف بري وان نكل قضي عليه
في ماله دون العاقلة كما اذا اقر الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي وقال القدوري في
شرح كتاب الاستحلاف جملة هذا الباب ان الدعوى اذا وقعت فيما يرتفع بعد وقوعه
فان اليمين يقع على ثبوت حكمه في الحال ولا يقع على نفس الحق هكذا روى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله وذكر الخصاف ان الاستحلاف يقع على السبب المدعى الا ان يعرض
الخصم وهو قول ابي يوسف ومتى كانت الدعوى فيما لا يرتفع بعد وقوعه او لا يتغير حكمه
باليمين يقع على السبب قال ابو يوسف قال ابو حنيفة اذا ادعى رجل قبل رجل
كفالة بنفس او مال او ادعى وديعة او عارية او اجارة فان القاضي يحلفه بالله ما له

فيلزمك ما ادعاه وان ادعى بيعا لم يستحلف بالله ما بعت ولكنه يستحلف بالله ما هذا
لهذا المدعي بهذا الشرا قال الخصاف رحمه الله قال واحلف بالله ما بينك وبينه بيع
قايم في هذا الوقت والوجه في ذلك ان البيع قد يطرأ عليه الاقالة ويتعقبه الفسخ
والوديعة قد يطرا عليها ما يغيرها والغصب قد يطرا عليه ما يغير الضمان فلو استحلفه
على اصل الشي جاز ان يكون قد حدث ما اوجب تغير حكمه في بعض الوجوه التي
قدمناها وان حلف المدعى عليه على نفي اصل الشي كان كاذبا وان لم يحلف وادعى
المعنى الطاري لم يقبل قوله وان استحلفه الحاكم على ثبوت حكم ذلك في الحال
فقد وفى المدعي حقه الا ترى انه انما يدعي العقد ليثبت احكامه ولم يسقط بذلك حقا
للمدعى عليه لانه ان كان حدث ما يوجب تغير الحكم كان صادقا في يمينه ومتى امكن
ايفا حقهما كان اولى من ابقا حق احدهما واسقاط حق الاخر ووجه الرواية
الاخرى ان اليمين يستوفى لحق المدعي فوجب ان يكون مطابقة لدعواه وجواز ان يكون
قد تغير الحكم لا معنى له لان ذلك يراعى لحق المدعى عليه ويمكنه ان يعرض للحاكم ليستدرك
هذا الحق فمتى لم يعرض لم يكن ذلك حقا له فوجب ان يعتبر حق المدعي وصفة التعريض
ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض عليه اليمين بالله ما بعت قد يبيع الانسان
شيا ثم يقايل فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشي في الحال وصار العدول
عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمطلوب حين طالب به وعلى هذا النكاح اذا
ادعى لان الطلاق يرد عليه كما ترد الاقاله على البيع وجعلوا الطلاق كالاملاك لانه
يطرا عليه الرجعة فاذا ادعت المراة طلاقا استحلف الرجل بالله ما هي باين منك
في الحال بالطلاق الذي ادعته وقالوا في الامة اذا ادعت العتق على مولاها انه لا يستحلف
بالله ما اعتقتها لان عتق الامة يطرا عليه ما يغير حكم الا ترى انها قد ترتد وتلحق بدار
الحرب فتسبى فيستحلف بالله ما هي حرة في الحال واما العبد اذا ادعى عتقا على مولاه
فهو على وجهين ان كان مسلما استحلف المولى بالله ما اعتقته لان عتقه لا ينفسخ بعد
وقوعه فلا معنى للعدول عما اقتضته الدعوى وان كان كافرا فهو كالامة لانه قد ينقض
فينقض العهد ويلحق بدار الحرب فيسبى الى هنا لفظ القدوري في شرح كتاب
الاستحلاف قوله ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف
بالله ما غصبت هذا لفظ القدوري في مختصره والمعنى بيناه قوله وفي النكاح بالله
ما بينكما نكاح قايم في الحال هذا لفظ القدوري في مختصره ايضا وهذا على مذهبهما لان الاستحلاف
لا يجري في النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله قوله وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك
الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا لفظ القدوري ايضا قوله الا اذا عرض قد
مر انفا صفة التعريض قوله يحلف على الحاصل اي على ثبوت الحكم في الحال قوله وذلك
مثل ان يدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها وذلك اشارة الى ترك النظر يعني
اذا كان الزوج شافعي المذهب وهو لا يرى نفقة المبتوتة وادعتها عليه لا يحلف على الحاصل
لان الزوج يكون صادقا في اعتقاده انه لا نفقة لها فلا يمتنع عن اليمين ويكون فيه ترك
النظر لها بل يحلف على السبب لئلا يلزم ترك النظر وكذا اذا ادعى شفعة بالجوار والمدعى عليه
لا يراها بان كان شافعيا لا يحلف على الحاصل لهذا المعنى بل يحلف على السبب قال القدوري

في شرح

في شرح كتاب الاستحلاف روي ان رجلا ادعى على رجل عند اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة
انه اشترى دارا في جواره وانه يطالب بالشفعة فيها وانكر المدعى عليه الشرا فاراد اسماعيل
ان يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشتري الانسان ويسقط الشفيع شفعته فاراد استحلافه
بالله ما له عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعي ان هذا يعتقد ان شفعة الجوار غير واجبة
فان استحلفته تاول ذلك فحلف فقال اسماعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعي
من الشرا فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال
فامتنع من اليمين قوله وعليه بنقض العهد اي بتكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد
واللحاق بدار الحرب كما يتكرر على الامة فلا جرم يستحلف على الحاصل بخلاف العبد المسلم فانه لا
يتكرر الرق عليه بالسبي فاذا ادعى العتق على مولاه يحلف على السبب قوله قال
ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه اي قال في الجامع الصغير في كتاب القضا
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يرث العبد فيجي رجل
فيزعم انه له ولا بينة له على اي شي يستحلف قال على علمه وان وهب لرجل عبد وقبضه
او اشتراه وجا رجل يزعم انه له فانه يستحلف البتة واصل ذلك ان من ادعي عليه
فعل من جهته او ادعي عليه حق في شي استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت
في ذلك كانت على البتات وكل من ادعي عليه فعل غيره او حق في شي ملكه
بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم والاصل في ذلك ان النبي عليه السلام استحلف
في القسامة بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فاستحلفهم على فعلهم على البتات وعلى فعل غيرهم
بالعلم ثم الوارث قايم مقام المورث والخصومة توجهت الى الميت ولا علم للوارث بما صنع
المورث فيحلف على العلم والمشتري والموهوب له يحلفان على فعل انفسهما لان الشرا
والهبة سبب موضوع للملك شرعا وذلك يطلق له اليمين بانه ملكه ولا ملك لغيره
فيه فوقع اليمين على البتات وقال الاسروشني في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف
فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت
هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل
الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب
الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على
العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسايل كلها ان التحليف
على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد
سارق او ابق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في
يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك
وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البايع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف
يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا
الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا
اذا كان شيا يتصل به فح على البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما
يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البايع وان وقعت الدعوى على فعل
المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني او استاجرت

منى استقرضت منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها يقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف
علي البتات وقد قيل ان التحليف علي فعل الغير انما يكون علي العلم اذا قال الذي استحلف
لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف علي البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض
صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع علي البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع
وسلم الي المشتري ثم اقر البايع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع
يمينه فاذا احلف برى المشتري ويحلف الوكيل علي البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا
تحليف علي فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل الثمن
فكان له علم بذلك فيحلف علي البتات الي هنا لفظ الفصول والباقي يعلم ثمة قوله قال
ومن ادعي علي اخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها علي عشرة فهو جائز اي قال في الجامع
الصغير في كتاب القضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يدعي عليه
المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم قال جائز وليس للمدعي ان يستحلفه علي تلك اليمين
بعد ذلك وكذلك ان صالحه من يمينه علي عشرة دراهم اما جواز الافتدا فلما روى اصحابنا
في شروح الجامع الصغير عن عثمان رضي الله عنه انه دفع المال ولم يحلف وكذلك روى عن
حذيفة رضي الله عنه وهذا في الحاصل صلح علي الانكار فانه لو قال صالحتك علي عشرة دراهم
انقطعت الخصومة وسقطت اليمين فكذا اذا اتى بمعنى الصلح لان العبرة للمعنى ولانه بذل
المال لقطع الخصومة ودفع الشغب والانسان يملك صرف ماله الي ما ينتفع به وهذا
المعنى من اعظم المنافع فيملك صرف ماله فيه ثم لا يستحلفه المدعي ابدا لانه ابطل خصومته
باخذ المال وقال في الفصول ويجوز الافتدا عن اليمين بالدراهم وكذا يجوز الصلح عن اليمين
علي الدراهم حتى لا يكون للمدعي ان يحلف المدعي عليه بعد ذلك لان الافتدا عن اليمين
والصلح عن اليمين صلح علي الانكار وبعد الصلح علي الانكار لا يسمع دعوى المدعي فيما وقع
الصلح عنه قوله اسقط عنه اي بالصلح والافتدا **باب التحالف** لما ذكر حكم
يمين الواحد شرع في بيان يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد في الوجود فوضع
ما يتعلق بهما ذكرا بعده للتناسب قوله قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعي
احدهما ثمنا وادعي البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضى له بها اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
صاحب البينة نور دعواه بالحجة ولم يوجد من الطرف الاخر الا دعوى مجرده وهي لا
تعارض البينة فكان القضا بها اولى لكونها اقوى قوله وان اقام كل واحد منهما بينة
كانت البينة المثبتة للزيادة اولى هذا لفظ القدوري في مختصره يعني ادعى المشتري
انه اشترى هذه العين بعشرة وادعى البايع انه باعها بخمسة عشر واقام كل واحد
منهما بينة علي دعواه او ادعى المشتري انه اشترى الكرين بعشرة وادعى البايع
انه باع الكر بعشرة واقام كل واحد منهما بينة علي ما ادعى فالبينة المثبتة
للزيادة اولى وذلك لان البينات وضعت للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان
اولى ولا يتعارض البينتان لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت
البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع صورته ما قال في

الشامل

باب التحالف

الشامل في قسم المبسوط قال البايع بعتك هذه الجارية وحدها بماية دينار وقال المشتري
لا بل مع هذا العبد بخمسين واقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بماية دينار لان
كل واحد منهما اثبت ببينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة قوله وان لم يكن لكل
واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل
للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع وهذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعات ورفع الخصومات
ويحصل ذلك برضا احدهما بما يدعي الاخر ولان كل واحد منهما ربما لا يريد فسخ العقد
فيعود الي الرضا اذا علم ان العقد يفسخ فلا جرم يقول القاضي افسخ البيع اذا لم يرض كل واحد
منكما بما يدعيه الاخر حتى يحصل الرضا فتسقط الخصومة قوله وهذا جهة فيه اي في قطع
المنازعة قوله فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما علي دعوى الاخر هذا لفظ
القدوري في مختصره اي ان لم يتراضى البايع والمشتري يعني لم يرض البايع بما ادعاه
المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البايع من الثمن يستحلف القاضي كل
واحد من البايع والمشتري علي دعوى صاحبه قال صاحب الهداية وهذا التحالف
قبل القبض علي وفاق القياس وبعد القبض مخالف للقياس ولكنه ثبت بالحديث
استحسانا اعلم ان المستحسن انواع مستحسن بالاثر كالسلم ومستحسن بالاجماع
كالاستصناع فيما فيه تعامل ومستحسن بالضرورة كتطهير الحياض والابار والاواني
ومستحسن بالقياس الخفي وله نظاير كثيرة في الفروع ثم الانواع الثلثة الاول لا
يصح التعدية فيها لكونها علي خلاف القياس ويصح التعدية في النوع الاخير لموافقته
القياس الخفي بيانه ان المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن قبل قبض المبيع لا يجري التحالف
ولا يجب اليمين علي البايع قياسا لان البايع مدعي واليمين علي المنكر بالحديث المشهور
وهو ليس بمنكر لان المشتري لا يدعي عليه شيا ويجري التحالف استحسانا لان كل
واحد منهما مدع والاخر منكر لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل
الثمنين والبايع منكر فيجري التحالف حكما للانكار ثم يتعدى هذا الحكم الي وارثي البايع والمشتري
اذا اختلفا قبل القبض والي الاجارة اذا اختلف المواجر والمستاجر قبل استيفا المنافع في قدر
البدل فاما تحالف البايع والمشتري بعد القبض فمخالف للقياس لان المبيع سالم للمشتري
لا يدعي علي البايع شيا ولكنه ثبت التحالف بخلاف القياس باطلاق قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا فلم تصح التعدية لثبوته
بخلاف القياس حتى لم يجز التحالف بين الوارثين بعد القبض ولا يتحالف العاقدان
بعد هلاك السلعة عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يتحالف المواجر والمستاجر اذا اختلفا
بعد استيفا المعقود عليه وقد مر ذلك في كتابنا الموسوم بالتبيين في بيان ركن القياس
قوله ويبتدي بيمين المشتري هذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر
البغدادي هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رواه الحسن عنه في المجرد وذكر في المنتقى
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه يبدا بيمين البايع وكذلك ذكر ابو الحسن في جامعه
وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال يبدا بيمين المشتري وعند زفر يبدا بيمين البايع
كقول ابي يوسف اولا كذا في التقريب وقال اصحاب الشافعي في المسيلة ثلاثة اقوال

احدها يبدا بيمين البايع والثاني بيمين المشتري والثالث الحاكم بالخيار ومنهم من قال يبدا بيمين البايع بكل حال كذا في شرح الاقطع وجه قول زفر وهو قول ابي يوسف اولا قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البايع خص البايع بالذكر حيث جعل القول قول البايع واقل احوال هذا التخصيص ان يفيد التقديم ولان المبيع مستحق على البايع وهلاكه يوجب فساد العقد وله ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في جنسه المبيع اولى ولنا ان اليمين تطلب لما تعلق بها من فايدة النكول ونكول المشتري يتعلق به فايدة عاجلة وهو تسليم الثمن في الحال ونكول البايع لا يتعجل به فايدة لانه يقال له احبس المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم من يتعجل بنكوله الفايدة اولى ولهذا قالوا اذا تبايعا عينا بعين او ثمنا بثمن كان القاضي مخيرا في تقديم ايهما شا لان كل واحد منهما اذا نكل لا يلزم تسليم شي في الحال فتساويا وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قد ذكر في هذا الكتاب رواية اخرى عن ابي يوسف اي في كتاب الاستحلاف وهي ان المشتري ان كان ابتدا بالخصومة وادعى على البايع ابتدي بيمين البايع وان كان البايع ابتدا بالدعوى ابتدي بيمين المشتري ثم قال القدوري واما صفة التحالف فقد ذكر في الاصل ان كل واحد منهما يحلف على دعوى الاخر وهذا يقتضي ان يحلف البايع بالله ما باعه بمايه ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمايتين وذكر في الزيادات ان البايع يحلف بالله ما باعه بماية ولقد باعه بمايتين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمايتين ولقد اشتراه بماية وما ذكره في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفي فلو جمعنا بين الامرين لتضمنت الاثبات والنفي وهذا الاصح ووجه ما ذكر في الزيادات ان الجمع بين الامرين تاكيد للنفي وليس يمتنع ان يكون اليمين موضوعها النفي ويضم اليها الاثبات على طريق التاكيد فيقول الشاهد اشهد ان فلانا مات وهذا وارثه لا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا عن الحديث الذي رواه زفر انما خص البايع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه قوله وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما شا لاستوايهما ذكره تفريعا على مسيلة القدوري قوله على ذلك اي على النفي قوله قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي قال القدوري في مختصره يعني اذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع وهذا الذي ذكره القدوري يدل على انه لا ينفسخ البيع بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ولم ينفسخ بالتحالف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان حلفا فالقياس ان يترك المبيع للمشتري بما قال وفي الاستحسان يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما حتى ان احدهما لو اراد ان يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك وقال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ والاول اصح الى هنا لفظ شرح الطحاوي ووجه ذلك ان اليمين تسقط ما يدعيه كل واحد منهما من البدل فيبقى البيع مجهولا لانه لم يثبت الثمن الذي ادعاه البايع وكذا لم يثبت المبيع الذي ادعاه المشتري واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد لان كل واحد ادعى عقدا غير العقد الذي ادعاه الاخر مجهولا لجهالة البدل فاذا سقط ذلك فسد العقد لعدم البدل والبيع الفاسد لا ينفسخ بدون فسخ الحاكم ولانه لما لم يثبت البدل للتعارض كان البيع بلا بدل وذلك فاسد والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ وقال شمس

الايمه السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي بيعا بلا ثمن فيفسد فينتقض العقد فيما بينهما وانما ينقض القاضي العقد فيما بينهما اذا طلبا او طلب احدهما من القاضي النقض فاما بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان وهو ان الزوجين اذا فرغا من اللعان فان القاضي يفرق بينهما سوا طلبا من القاضي او لم يطلبا ذلك لان حرمة الحل قد تثبت شرعا باللعان على ما قال عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه الى طلب العبد واما العقد وفسخ العقد حقهما فيشترط طلب العاقد لهذا وقال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك او يطلب احدهما لان الفسخ حق لهما بدليل ما روي ان النبي عليه السلام انه قال تحالفا وترادا قوله وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح ادب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة قايمة مقبوضة كانت او لم تكن مقبوضة فانهما يتحالفان يحلف البايع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بالف درهم ويحلف المشتري على دعوى البايع فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بالفي درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه انفا واصل ذلك ان النكول في معنى البذل وبذل الاعواض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم يبق دعواه معارضا لدعوى صاحبه فتثبت دعوى صاحبه لسلامتها عن المعارض قوله قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما اي قال القدوري في مختصره قال في مختصر الاسرار اذا اختلفا في شرط الاجل او الخيار او مقداره او شرط الرهن فالقول قول من ينفيه خلافا لزفر والشافعي لانهما يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان كالاختلاف في الحط والبراة من الثمن والدليل على انه اختلاف في غير المعقود عليه ان العقد لا يختل بفوات الاجل او شرط الخيار بخلاف الاختلاف في وصف الثمن اعني في جودته او رداته او الاختلاف في جنسه بان قال احدهما دراهم والاخر دنانير فان ذلك يوجب التحالف لانه راجع الى نفس الثمن لانه دين لا يعرف الا بوصفه والاجل ليس بوصف الثمن ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الاجل والتحقيق هنا ان يقال ان التحالف شرع بالنص اذا وقع الاختلاف في الثمن او المثمن اذا امكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل واحد منهما الى راس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا ممكن عند الاختلاف في الثمن او المثمن لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين والمثمنين فيبقى البيع بغير ثمن او مثمن وهو فاسد فيجب الترك والمتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زايد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بدونه كما لو عقد العقد بدونه في الابتدا فلا يمكن ان ينفسخ مع بقايه على الصحة وثمرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يودي الى الفسخ وتعلل ايضا الخيار والشرط معقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسبيجابي في بيوع شرح الطحاوي والاصل في هذا ان العاقدين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا او نقول متى اختلفا في كلمة العقد تحالفا ومتى لم يختلفا

في كلمة العقد لم يتحالفا والاجل مملوك بالشرط وليس في كلمة العقد والثمن والمثمن مملوك
بالعقد وهو من كلمة العقد ثم الاختلاف في اجل الثمن لا يخلو اما ان يختلفا في اصله او
او في قدره او في مضيه وان اختلفا في اصله فالقول قول البايع لانه استفاد من جهته وان
اختلفا في قدره فالقول قوله ايضا والبينة في المسئلتين جميعا بينة المشتري لانه تثبت
الزيادة وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما علي القدر فالقول قول المشتري انه لم يمض والبينة
بينته ايضا لانه يثبت وان اختلفا في المضي والقدر فالقول قول المشتري في المضي
وفي القدر قول البايع فيجعل شهرا لم يمض والبينة بينة المشتري وهذا اذا كان المبيع عينا
فاما اذا كان المبيع دينا يعني السلم فاختلفا في الاجل اجل السلم فالاختلاف فيه لا يوجب
التحالف والتراد عند علمائنا الثلثة لانهما اختلفا في المملوك بالشرط وعند زفر يتحالفان
ويترادان لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم ثم الاختلاف في
اجل السلم لا يخلو اما ان اختلفا في اصله او في قدره او مضيه او فيها جميعا اما اذا
اختلفا في اصله فانه ينظر ان كان مدعي الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا
ويجوز السلم وان كان مدعي الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله ايضا استحسانا ويجوز
السلم وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول رب السلم ويفسد السلم
وهو القياس ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه
فالقول قول المسلم اليه والبينة ايضا بينته وان اختلفا في قدره ومضيه فالقول
في القدر قول رب السلم والقول في المضي قول المسلم اليه ولو اقاما جميعا البينة
فالبينة بينة المسلم اليه علي اثبات الزيادة وانه لم يمض وقال في الفتاوى
الولوالجي وان اختلفا في الاجل فهذا علي ثلثة اوجه ان اختلفا في اصل الاجل
بان قال احدهما كان باجل وقال الاخر بغير اجل ان كان المدعي للاجل هو الطالب فالقول
قول الطالب مع يمينه لانهما اتفقا علي عقد واحد فاختلفا في فساده وجوازه فوجب
ان يكون القول قول من يدعي الجواز لانه متمسك بالظاهر الذي يدعوه عقله ودينه كما
في النكاح والبيع والاجارة اذا ادعى احدهما الفساد فالقول قول من يدعي الجواز فكذا هنا
وان كان المدعي للاجل هو المطلوب قال ابو حنيفة القول قول المطلوب وقال ابو يوسف
ومحمد القول قول الطالب فالحاصل ان عند ابي حنيفة القول قول من يدعي الاجل طالبا
كان او مطلوبا وعندهما القول قول الطالب مدعيا كان للاجل او منكرا لهما يقولان
ان الطالب بانكار الاجل وان كان يدعي فساد العقد الا انه بدعوى الفساد يدفع
عن نفسه استحقاقا لانه يكون منكرا بخلاف ما لو انكر المطلوب الاجل لانه بانكار الاجل
يدعي فساد العقد من غير ان يدفع عن نفسه استحقاق شي بالحال وابو حنيفة يقول
اتفقا على وجود عقد واحد واختلفا في الفساد والجواز فيكون القول قول من يدعي
الجواز كما لو كان الطالب مدعيا للاجل والمطلوب منكرا هذا هو الكلام في الوجه الاول
وهو الاختلاف في اصل الاجل واما الوجه الثاني وهو الاختلاف في مقدار الاجل لم يقم
لاحدهما بينة فالقول قول الطالب مع يمينه ولا يتحالفان لان النص تناول الاختلاف
في المعقود عليه او في الثمن لانه دل وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو
اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يوجد من البيع وذلك المعقود

عليه او الثمن وان قامت لاحدهما البينة يقضي ببينته وان قامت لهما البينة يقضي ببينة
المطلوب لانه يثبت الزيادة واما الوجه الثالث وهو الاختلاف في مضي الاجل بان قال
الطالب كان شهرا وقد مضى وقال المطلوب كان شهرا لكنه لم يمض وانما اخذت منك السلم
الساعة ان لم يقم لهما البينة فالقول قول المطلوب مع يمينه لان الطالب يدعي توجه
المطالبة بالمسلم فيه والمطلوب ينكر فان اقام احدهما البينة يقضي ببينته وان قامت
لهما البينة فالبينة بينة المطلوب لان بينته تثبت زيادة اجل من حيث المعنى
فكان القول قوله في شي والبينة بينته في شي اخر قوله هذا اختلاف في غير المعقود عليه
والمعقود به اي الاختلاف في الاجل وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير
المعقود عليه والمعقود به وهو الثمن فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وذلك لا يوجب التحالف
فكذا هذا قوله وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد اشارة الى قوله اختلاف في
غير المعقود عليه وانما لم يختل قوام العقد لان الاجل وشرط الخيار امر زايد في العقد لان العقد
يصح بدونهما بخلاف الثمن والمثمن فان قوام العقد بهما لا يصح عقد البيع بدونهما ولهذا
لو اختلفا في الثمن فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف درهم والاخر بالف دينار لا يقبل ولو
اختلفا في الاجل فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف الى شهر والاخر بالبيع بالف يقبل ويقضي
بالبيع بالف حالة وكذلك لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلثة ايام والاخر شهد انه
باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة قوله في وصف الثمن اي في جودته وزيادة منه
وجنسه وهو كون الثمن دراهم او دنانير قوله قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل
مع يمينه اي قال القدوري في مختصره يعني اذا لم يتحالفا كان القول قول المنكر لان ذلك
امر عارض والقول قول المنكر في العوارض وهذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة ان القول
قول مدعي الخيار كذا في المختلف لانه ينكر زواله عن ملكه او وجوب الثمن عليه قوله
قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول
المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع علي قيمة الهالك اي قال القدوري في مختصره
قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا اختلف
المتبايعان في مقدار الثمن والسلعة هالكة بعد القبض لا يتحالفان فالقول قول المشتري مع
يمينه وقال محمد والشافعي يتحالفان ويترادان العقد بالقيمة واجمعوا علي ان السلعة
اذا كانت قايمة يتحالفان سواء كان قبل القبض او بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البايع
وعندهما يحلف وجه قول محمد ان كل واحد منهما مدع ومدعا عليه فان البايع يدعي عقدا ينكره
المشتري والمشتري يدعي عقدا ينكره البايع وله في هذه الدعوى فايدة وهي دفع الزيادة
التي يدعيها البايع فيتحالفان ولهذا يقبل بينته علي دعواه لانها صحيحة فيتوجه اليمين
له علي البايع ايضا لان دعوى المشتري صحيحة يؤيده قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان تحالفا وترادا من غير فصل بين قيام السلعة وهلاكها يدل عليه الاحكام كما اذا
اختلفا في جنس العقد بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او اختلفا في جنس
الثمن بان ادعى احدهما البيع بالدراهم والاخر البيع بالدنانير يتحالفان ويترادان وكذلك
لو اختلفا في مقدار الثمن حال قيام السلعة قبل القبض يتحالفان فكذا هذا كذا في نسخ طريقة
الخلاف ولنا ان التحالف بعد القبض حال قيام السلعة ثبت بخلاف القياس بقوله عليه

السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا لان المشتري ليس بمدع حقيقة لان المدعي هنا هو الشرا والشرا الايراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكم الشرا لزوم الثمن وسلامة المبيع للمشتري فلو كان مدعيا للشرا لايخلو اما ان كان مدعيا للزوم الثمن او لسلامة المبيع للمشتري فلا وجه الي الاول لانه حكم يلزمه لغيره فكيف يصلح مدعيا ولا وجه الي الثاني ايضا لان المبيع سالم له بدعواه ون الدعوى والبايع مقر بذلك فاذا لم يكن المشتري مدعيا لايتوجه اليمين علي البايع لان اليمين علي المنكر بالحديث وقد عرف ان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لايتعدي الي غير مورد النص فلا يثبت التحالف حال هلاك السلعة والجواب عن الحديث الذي رواه محمد فنقول هو مقيد بحال قيام السلعة وان ورد مطلقا عنه بدلالة متصلة وهي قوله وترادا لان الرد نقض القبض ونقض القبض بعد هلاك السلعة لايتصور او نقول المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد يحمل المطلق علي المقيد علي ما هو المختار وقد قررنا ذلك في كتابنا الموسوم بالتبيين فلا يبقي ذلك الحديث مطلقا والجواب عن قوله ان دعواه يفيد دفع زيادة الثمن فنقول الفايدة يجب ان تثبت فيما يوجبه العقد للمشتري وذلك مثل الذات والبدل فاما قدر الثمن فهو حق البايع لاحق المشتري ولا فايدة له فيه ودفع زيادة الثمن يحصل بيمين المشتري فلا حاجة الي يمين البايع والجواب عن الاحكام فنقول اذا اختلفا في جنس العقد وجنس الثمن حال هلاك السلعة فنقول سلم بعض اصحابنا وخرجوا وقالوا كل واحد منهما يحلف علي عقد غير العقد الذي حلف عليه الاخر فاذا حلفا لم يظهر واحد من العقدين فبقيت العين في يده تالفة من ملك غيره فيجب قيمتها من غير فسخ وفي مسيلتنا اتفقا علي عقد واحد فلم تثبت الزيادة احتجنا الي فسخ عقد ثابت باتفاقهما والفسخ ابتدا لا يتعين في هالك وبعض اصحابنا منعوا وقالوا انهما علي هذا الخلاف وهو الصحيح والمذكور في بعض الكتب قول محمد كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف واما اذا اختلفا في مقدار الثمن حال قيام السلعة قبل القبض فنقول كل واحد منهما مدع حقيقة منكر حقيقة لان البايع يدعي تسليم الثمن الذي يدعيه مقابلا بهذا المبيع والمشتري يشتري تسليم المبيع بهذا القدر من الثمن الذي يدعيه والبايع ينكر فكان كل واحد منهما منكرا حقيقة فجاز تحليفه اما هنا فبخلافه فان قلت صورة الدعوى حاصله من المشتري وان لم يكن مدعيا حقيقة فينبغي ان يكون الصورة كافية لتوجه اليمين علي البايع كما هي كافية لقبول بينة المشتري قلت الفرق بين البينة واليمين ظاهر لان اليمين يتوجه علي المدعى عليه وهو واقف علي حقيقة الحال فلم يكتف لصورة الدعوى والبينة قول الشهود ولا وقوف لهم ولا علم علي حقيقة الدعوى فاكتفي بصورتها ولهذا اذا قال المودع رددت الوديعة او هلكت واقام البينة علي ذلك تقبل ولكن لا يحلف المالك وان كان منكرا صورة لكون المودع مدعيا صورة وجملة القول هنا ما قاله في شرح الطحاوي اذا اختلفا والمبيع هالك في يد المشتري سقط التحالف في قول ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه فان اعطي حلف ما قال وان نكل لزمه ما قال البايع وقال محمد

يتحالفان ويترادان القيمة وهلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف ولو اختلفا في مقدار القيمة بعد التحالف فالقول قول المشتري مع يمينه ولو ادعي احدهما الهبة والاخر البيع فانهما يتحالفان بالاجماع وان كان المعقود عليه هالكا ولو اتلف المعقود عليه اجنبي قبل القبض وانقلب الي القيمة ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان بالاجماع لان القيمة قايمة مقام العين وهذان الفصلان حجة محمد ثم الهلاك علي ضربين هلاك حقيقي وهلاك حكمي اما الهلاك الحقيقي فظاهر وهو ان يهلك العبد او كان طعاما فاكله او كان ثوبا فاحرقه وما اشبه ذلك مما يوجب الفوات والهلاك الحكمي ان يخرج من ملكه كله او بعضه وخروج البعض من ملكه في منع التحالف بمنزلة خروج الكل عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه يودي الي تفريق الصفقة علي البايع الا اذا رضي البايع ان ياخذ القايم وحصة الهالك من الثمن بقول المشتري فح يتحالفان ويترادان فيما بقي في ملك المشتري وعليه حصة الخارج من ملكه بقوله وعند محمد خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض ثم اذا تحالفا ينظر ان خرج الكل من ملكه فعلي المشتري رد القيمة او مثله ان كان مثليا وان خرج البعض من ملكه فانه ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر ويكون التبعيض فيه عيبا فالبايع بالخيار بعد التحالف ان شا اخذ الباقي وقيمة الهالك وان شا رد الباقي واخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما ليس في تبعيضه ضرر ولا يكون التبعيض فيه عيبا فللبايع ان ياخذ الباقي ومثل الغايب وان عاد الي ملكه ثم اختلفا ينظر ان كان العود فسخا فانهما يتحالفان ويترادان العين وان كان عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يتحالفان ويترادان القيمة دون العين ولو اختلفا في الثمن بعد ما ازداد المبيع في يد المشتري فالزيادة لا يخلو اما ان تكون متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال والحسن وغيرها وغير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب وكالبنا في الارض والغرس وغير ذلك او منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر او غير متولدة كالهبة والكسب والغلة اما اذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانه يمنع التحالف في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الزيادة المتصلة تمنع الفسخ في عقود المبادلات علي قولهما وعند محمد لا تمنع الفسخ ويترادان العين وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فهو علي الخلاف الا ان محمدا قال يتحالفان ويترادان القيمة لان هذا هالك بطريق الحكم والهلاك لا يمنع التحالف ولكن يرد القيمة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانه يمنع الفسخ ويمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة ايضا وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة فانه لا يمنع الفسخ بالاجماع ويتحالفان ويترادان المبيع دون الزيادة والزيادة للمشتري ويطيب له ولو اختلفا في الثمن بعد ما انتقص المبيع في يد المشتري فانه ينظر ان كان النقصان بافة سماوية او بفعل المشتري او بفعل المبيع فانهما لا يتحالفان والقول قول المشتري علي قولهما الا اذا رضي البايع ان ياخذه ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيا فح يتحالفان ويترادان العين وعند محمد يتحالفان ثم البايع بالخيار ان شا اخذه ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيا وان شا تركه واخذ القيمة وقال بعضهم علي قوله ان اختار اخذ العين ياخذ معه النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي او بفعل البايع وجب

الارش ويمنع التحالف في قولهما ويكون القول قول المشتري وعند محمد يتحالفان ويترادان
القيمة هذا كله اذا هلك المبيع كله او بعضه هلاك حقيقة او هلاك حكم واما اذا كان المبيع
قايما ولكنه مات احد المتعاقدين اوماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الوارثين او بين
احدهما ووارثه الاخر فانه ينظر ان كان المبيع غير مقبوض فانهما يتحالفان ويترادان الا ان
اليمين على الورثة على العلم لانهم يحلفون على فعل الغير وانما جرى التحالف بينهما لان القبض
له تشابه بالعقد ولو كان المبيع مقبوضا فلا تحالف بينهما في قول ابي حنيفة وابي
يوسف والقول قول المشتري او وارثه بعد وفاته لان من مذهبهما ان هلاك المعقود
عليه يسقط التحالف وكذلك هلاك العاقدين وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة
لان من مذهبه ان هلاك المعقود عليه لا يمنع التحالف كذلك هلاك العاقد وهذا كله اذا
اتفقا مع اختلافهما على ان الثمن دين ولو اختلفا في عين الثمن ودينه فادعى البايع
ان الثمن عين وادعى الاخر الدين فان كان مدعي العين هو البايع كما اذا قال بعت منك
جاريتي بعبدك هذا والمشتري يقول اشتريت منك بالف فان كانت الجارية قايمة
يتحالفان ويترادان وان كانت هالكة عند المشتري سقط التحالف والقول قول
المشتري وعند محمد يتحالفان ولو كان مدعي العين هو المشتري وهو يقول اشتريت
جاريتك بغلامي هذا فقال البايع بعتها منك بالف درهم او بماية دينار فان كانت
الجارية قايمة يتحالفان وان كانت هالكة كذلك يتحالفان ويترادان القيمة في قولهم
جميعا فاما على قول محمد فلا يشكل واما على قولهما فلان وجوب اليمين على المشتري لا
اشكال فيه ووجب اليمين على البايع ايضا ههنا لان المشتري يدعي عليه الزام العين
وهو الغلام وانكر البايع فيتحالفان لهذا المعنى ولو كان البايع يدعي بعض الثمن عينا
والبعض دينا نحو ان يقول اشتريت منك جاريتك بغلامي هذا بالف درهم وقيمة الغلام
خمسماية درهم وقال البايع بعت منك جاريتي بالف درهم فان كانت الجارية قايمة يتحالفان
ويترادان وان كانت هالكة فانهما يتحالفان ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لان الجارية تقسم على قيمة الغلام وعلى الف درهم فما حاذى منها بازا الغلام وهو ثلثها
يرد المشتري القيمة وما حاذى منها بازا الالف وهو ثلثها الجارية يرد الالف درهم
ولا يرد القيمة لان المشتري لو كان يدعي جميع الثمن عينا كانا يتحالفان ويترادان القيمة
ولو كان يدعي جميع الثمن دينا كان القول قوله ولا يتحالفان فلما كان يدعي بعضه دينا
وبعضه عينا يرد القيمة بازا العين والقول قوله بازا الدين وعند محمد يتحالفان ويترادان
جميع القيمة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله فان هلك المبيع ثم
اختلفا اي هلك بعد قبض المشتري ثم اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن قوله
وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه اي على هذا الخلاف لان خروج المبيع عن ملك المشتري
هلاك حكما فالهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي
ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعا قوله ولانه لا يبالي
بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود يعني ان العقد لا تحاد المقصود لا الاختلاف
السبب وهذا جواب عما قال محمد ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والاخر ينكر معناه ان كان دعوى كل واحد منهما بهذا الوجه اختلاف في السبب وهو

العقد

العقد ولا يبالي به لان المقصود من العقد سلامة المبيع للمشتري وقد سلم فيجعل دعوى المشتري
كان لم يكن فلا يجري التحالف قوله وانما يراعى من الفايدة ما يوجبه العقد هذا جواب عن قوله
وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان الفايدة ينبغي ان يكون مما يوجبه العقد للمشتري ولزوم
الثمن عليه حق البايع ولا فايدة للمشتري فيه فلا يكون ذلك من موجبات العقد فلا يعتبر
دعوى المشتري لعدم الفايدة قوله وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان اي هذا
الذي قلنا من عدم التحالف عند ابي حنيفة وابو يوسف في صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا
كالدراهم والدنانير او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان كان الثمن عينا كالفرس والثوب
ونحو ذلك فهلك المبيع ثم اختلفا يجري التحالف لان كل واحد من العوضين في بيع المقايضة
مبيع وثمن فاذا هلك المبيع بقي المبيع في الجانب الاخر فيتحالفان فيرد القايم ثم يرد مثل الفايت
ان كان مثليا والا فقيمته قوله قال وان كان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم
يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اي قال القدوري في
مختصره ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يشتري
عبدين فيقبضهما ثم يموت احدهما ثم يختلفان في الثمن ان القول قول المشتري
الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيا وقال ابو يوسف القول قول المشتري
في حصة الهالك مع يمينه ويتحالفان ويترادان على الباقي وقال محمد يتحالفان ويترادان
على ذلك كله ويغرم المشتري قيمة الهالك الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير في البيع
قال فخر الاسلام في شرح جامع الصغير واصل هذه المسيلة ان المتبايعان اذا اختلفا في
الثمن حال قيام السلعة وجب التحالف بالسنة قبل القبض وبعده واذا هلك المبيع بعد القبض لم
يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف وانما يحلف المشتري وقال محمد يتحالفان ويردان المشتري
قيمة الهالك او مثله ان كان المبيع شيين فهلك احدهما لم يتحالفا عند ابي حنيفة اصلا
والقول قول المشتري فيهما وقال ابو يوسف يتحالفان في القايم دون الهالك
وقال محمد يتحالفان فيهما اما محمد فقد مر على اصله وانما اختلف ابو حنيفة وابو يوسف
فوجه قول ابي يوسف ان الهالك هو المانع فيتقدر الامتناع بقدره لان الحكم لا يزيد على
العلة ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف بعد القبض ثبت بخلاف القياس لما عرف ان البايع
غير منكر وانما ثبت بالسنة وانما وردت عند قيام السلعة وهو اسم لجميع المبيع فاذا هلك
بعضه فقد فات الشرط فزال الحكم الذي تعلق به غير معقول والفقه من وجهين احدهما
ان التحالف في القايم انما يجب بحصته وهو مجهول يعرف بالظن لم يقع الشرابها فيتاول
المشتري ذلك او البايع فيحلفان كاذبين على التاويل والثاني ان التحالف شرع نظرا
محضا ليعود كل واحد منهما الى راس ماله فاذا انتقض ضررا وشبهة ضرر كان مردودا
وفي هذا ضرر تفريق الصفقة لان المبيع خرج جملة وفي التفريق شبهة ضرر بخلاف الرد
بالعيب لانه لا يمتنع لهذا الضرر لان الرد بالعيب ثبت لدفع الظلم فلم يبطل بشبهة الظلم والضرر
فاما هذا فانما صير اليه دفعا بهما فيبطل عند تمكن شي من الضرر واذا ثبت هذا فعلى الطريق
الاول لا تحالف وان رضي به البايع فقول ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا
ياخذ شيا ينصرف الى يمين المشتري انه يحلف الا ان يصطلحا على ان ياخذ البايع العبد
الحي ولا يطالب المشتري بشي من الثمن ولا من القيمة وهذا معنى قوله ههنا اي في الجامع

الصغير ولا ياخذ شيا وقال في البيوع ولا ياخذ من ثمن الميت شيا لوقوع الصلح وعلي الطريق الثاني لا يتحالفان الا ان يرضى البايع فيتحالفا مثل قول ابي حنيفة وقوله ولا ياخذ شيا اي من قيمة الهالك ومن الفضل الذي يدعي في حصة من الثمن وهذا معنى قوله في الاصل من ثمن الميت اي من قيمته او من ثمنه الذي يدعي من الزيادة وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتفسير المسيلة ان البايع اذا قال بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما بالف في قول ابي حنيفة رحمه الله يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين فان نكل عن اليمين لزمه الفان وان حلف لزمه الالف ولا يتحالفان الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي خاصة فان رضي بذلك تحالفان فان كان المشتري قد حلف كما ذكرنا يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف فان نكل عن اليمين ياخذ الف درهم وان حلف فسخ البيع وياخذ البايع الحي وليس له غير ذلك واما عند ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفي درهم فان نكل عن اليمين لزمه الفان وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف درهم فان نكل لا ياخذ الا الف درهم وان حلف ينفسخ البيع في الحي فياخذه وفي حصة الهالك القول قول المشتري يحلف بالله ما عليك من ثمن الهالك الا خمسماية وان حلف يوخذ منه خمسماية وان نكل لزمه الف درهم وهذا اذا لم يختلفا في قيمة واحد منهما واختلفا في الثمن واما اذا اختلفا في قيمة الحي او في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان المشتري ادعى زيادة البراة والبايع منكر فالقول قوله مع يمينه واما في الحي فينظر الي قيمته في الحال فان كانت قيمته مثل ما قال المشتري او اكثر فالقول قوله مع يمينه وان كانت قيمته فيما بين ذلك فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه في مقدار القيمة في قول ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما جميعا بالفين فان حلف بريء وان نكل لزمه الفان ثم يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف فان نكل اخذ الالف وان حلف فسخ العقد في الحي ويحلف المشتري في حصة الهالك وهو العبد الميت بالله ما اشتريته الا بخمسماية فان حلف يدفع خمسماية وان نكل لزمه الالف حصة الباقي وفي قول محمد يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف وان حلف فسخ البيع فيهما جميعا فياخذ البايع الحي وقيمة الهالك وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول المشتري اما مذهب ابي حنيفة فيما ان القول قول المشتري لان المشتري هو الذي انكر الزيادة فلا يتحالفان لان التحالف عرف بالاثر والاثر انما ورد في التحالف اذا كانت السلعة قايمة بعينها لان النبي عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها فالقول قول البايع او يترادان فاشار الي جميع السلعة وههنا القايم بعض السلعة فلم يوجد الشرط الا ان البايع اذا رضي بان ياخذ الحي فله ذلك لانه لما رضي بذلك فقد رضي بادخال النقصان على نفسه فصار كان البيع لم يقع الا على الباقي كما انه لو اشترى شيا متغيرا المبيع في يدي المشتري ورضي البايع بذلك فانهما يتحالفان ويترادان فكذلك ههنا واما مذهب ابي يوسف فلان السلعة لو كانت كلها قايمة يترادان الكل ولو كانت كلها هالكة كان القول قول المشتري فلما كان البعض هالكا وبعضها قايما يترادان في القايم والقول قول المشتري في الهالك ولان المبيع مرة ينقض بالتحالف والترادد ومرة بالعيب ثم اتفقوا انه لو وجد باحدهما عيبا والاخر هالك فانه يرد

القايم بالعيب

القايم بالعيب فكذلك ههنا ثم اذا تحالفا يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما ولا يحلف بالله ما اشتريت هذا الحي خاصة وان كان المقصود به التحالف في الحي لانه لو حلف في الحي خاصة فلعله يتاول في ذلك ويقول ما اشتريت هذا الواحد بالف وان كان قد اشتراهما بالفين فاذا كان يودي الي هذا وجب ان يحلف علي العقد حتى لا يتاول فيبطل حق صاحبه ثم اذا تحالفا وترادا البيع في الحي يحلف المشتري في ثمن الهالك مرة اخرى لان اليمين الاولى كانت لاجل التحالف فيحلف مرة اخرى لما وجب عليه من الثمن كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير قال فخر الاسلام هذا غلط وانما عليه يمين واحدة ولا معنى بان يحلف علي عين ما قد حلف عليه ثم قال الفقيه وينبغي ان يعلم ان هذه المسيلة اختلاف في اختلاف احد الاختلافين ان من اصل ابي حنيفة وابي يوسف ان السلعة اذا كانت هالكة او متغيرة لا يتحالفان الا ان يرضى البايع بسلعة متغيرة وفي قول محمد يتحالفان واختلاف ثان بين ابي حنيفة وابي يوسف ان من اصل ابي حنيفة انه يجعل هلاك احدهما تغيرا في الاخر وابو يوسف لا يجعل هلاك احدهما تغيرا في الاخر قوله هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثنا عندهم الي التحالف يعني ان المشايخ اختلفوا في الاستثنا المذكور في الجامع الصغير في قوله الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيا فقال عامة المشايخ ينصرف الي التحالف اي لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا اصلا فيتحالفان لانه حينئذ صار الحي كله المبيع وقال بعضهم ينصرف الي يمين المشتري وعليه مشايخ بلخ قال الصدر الشهيد في شرح الجامع وهو الصحيح يعني القول قول المشتري مع اليمين الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي فلا يضمنه شيا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل ياخذ ما يقر به المشتري فح لا يحلف المشتري لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة فلا حاجة الي استحلاف المشتري قوله ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله لما كان قول ابي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما قوله ما بيناه في القايم اي في المبيع الباقي على حاله اراد به ما ذكره بقوله وصفه اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف الي اخره قوله واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف اي اختلف المشايخ في تفسير التحالف في قوله يتحالفان في القايم دون الهالك قال بعضهم يتحالفان على القايم لان العقد ينفسخ في حقه لا غير والصحيح انهما يتحالفان عليهما كما هو قول محمد وان كان ينفسخ في القايم لانه لا يمتنع من الحلف على القايم لتاويله انه اشتراهما بذلك الثمن ولكن حصة القايم هذا والصحيح انه يحلف المشتري اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع من الثمن وان نكل ثبت ما ادعاه البايع وان حلف لم يثبت ثم يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل ثبت ما ادعاه المشتري وان حلف لم يثبت ويرد المشتري القايم وينفسخ العقد فيه ويلزم علي المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزم قيمة الهالك لان وجوب القيمة حكم انفساخ العقد والعقد لم ينفسخ في الهالك عند ابي يوسف فيلزمه حصته من الثمن فيقسم الثمن الذي اقر به المشتري على القايم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي اقر به وسقط نصفه وان تصادقا ان قيمتهما كانت على التفاوت يسقط من الثمن بقدر قيمة القايم ويلزمه حصة

الهالك بقدر قيمة الهالك فان اختلفا في قيمة الهالك فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض
خمسماية وقيمة القايم يوم القبض كانت الفا وقال البايع على عكس هذا فان كانت قيمة القايم
في الحال موافقا لقول احدهما كان القول قوله لان الحال يدل على ما قبله وان لم يكن فالقول
قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري بدعواه
ان قيمة الهالك كانت اقل يدعي سقوط زيادة الثمن والبايع ينكر فكان القول قول البايع وايهما
اقام البينة قبلت بينته لانه اثبت دعواه بالحجة وان اقاما البينة فبينة البايع اولى
لان في البينة يعتبر الظاهر لان الشاهد يقف على الظاهر والبايع مدع في الظاهر لانه
يدعي زيادة القيمة في الهالك وفي اليمين تعتبر الحقيقة لان من عليه اليمين يعرف
الحقيقة والبايع هو المنكر حقيقة لانه ينكر سقوط بعض الثمن الذي كان واجبا على
المشتري كذا ذكر الامام العتابي وقاضي خان وغيرهما قالوا في شروح الجامع الصغير
اصل هذه المسيلة ما ذكرها في كتاب البيوع من الاصل في رجل اشترى عبدين
فقبضهما ولم يؤد الثمن فرد احدهما بعيب وهلك الاخر عنده سقط عن المشتري حصة
المردود ويلزمه حصة الهالك فان اختلفا في قيمة الهالك فادعى المشتري الاقل والبايع
الاكثر فالقول قول البايع وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لان بينة البايع يثبت
زيادة الثمن في ذمة المشتري والمشتري ببينته ينفي تلك الزيادة والبينات شرعت
للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قوله في بيوع الاصل اي المبسوط قوله قال
اختلف في قيمة الهالك فالقول قول البايع يعني في مسيلة الاصل قوله وان اقاما
البينة فبينة البايع اولى اي في مسيلة الاصل قوله وهذا الفقه اي اعتبار يمين
البايع وبينته لمعنى فقهي وبين الفقه بقوله وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة الى
اخره وقد مر بيانه قوله على احد العاقدين اي اذا كان مدعى عليه حقيقة لا صورة قوله
والبايع منكر حقيقة يعني ان المشتري يدعي سقوط زيادة الثمن والبايع قوله وهذا يثبت
لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف اي الذي ذكره في بيوع الاصل يبين لك معنى ما
ذكرناه من قول ابي يوسف في الجامع الصغير وهو ان القول للبايع قوله قال ومن اشترى
جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول اي قال في بيوع
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل اشترى جارية
بالف درهم فقبضها ودفع الالف ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن قال يتحالفان ويترادان
ويعود البيع الاول الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وتاويل المسيلة اذا تقايلا ولم يدفع
المشتري الجارية الى البايع حتى اختلفا في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك
ان ترد الالف وقال البايع كان خمسماية فعلي رد خمسماية فانهما يتحالفان لان الاقالة
بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع او نقول ان التحالف ورد في
البيع بالسنة والاقالة ليست ببيع في حق المتعاقدين بل هي فسخ في حقهما فكان
ينبغي ان لا يتناولها النص الا ان التحالف في باب البيع قبل القبض ثابت قياسا لمعنى
معقول لان كل واحد منهما مدع ومنكر لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر
والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل الثمنين والبايع ينكره فكان التحالف موافقا للقياس
ولهذا عدينا هذا الحكم الى الاجارة والى الوارث والى القيمة اذا استهلك المبيع في يد

البايع

البايع غير المشتري فلما كان موافقا للقياس تعدى الحكم الى الاقالة ايضا لان موضوع المسيلة
فيما اذا تقايلا ولم يقبض البايع الجارية فيتحالفان ويعود البيع الاول حتى لا يجب على واحد
منهما ان يرد على صاحبه شيئا وان اختلفا بعد قبض البايع الجارية بحكم الاقالة فيتحالفان
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان التحالف بعد القبض مخالف للقياس ويكون القول
قول البايع مع يمينه لانه ينكر زيادة ثمن يدعيه المشتري ولا يحلف المشتري لان البايع
لا يدعي شيئا وعند محمد ينبغي ان يتحالفا على قياس البيع اذا اختلفا بعد القبض لان النص
عنده معلول بعد القبض ايضا بالاختلاف في العقد الشرعي قوله ما اثبتنا التحالف فيه
بالنص اي في التقايل وذلك لان النص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما
فاذا كان كذلك لم يثبت التحالف فيه بالنص بل بالقياس وبانتفاء التقرير مرادا قوله
لان المسيلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البايع الجارية بحكم الاقالة قوله على ما مر اي
في اول الباب قوله والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري وهذه
هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفي بعض النسخ فيما اذا استهلكه المشتري وفي بعضها
اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري
قوله قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه
ولا يعود السلم اي قال في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم ثم اختلفا في راس المال ان القول
قول المسلم اليه ولا يعود السلم اعلم انه لا تحالف بعد اقالة السلم اذا اختلفا في راس المال والقول
قول المسلم اليه مع يمينه وانما لم يجز التحالف لان اليمين على المنكر ورب السلم يدعي فضلا في راس
المال والمسلم اليه ينكره فيحلف واما المسلم اليه لا يدعي على رب السلم شيئا فلا يحلف لان المسلم
فيه دين سقط بالاقالة والدين متى سقط لا يحتمل العود فلا يعود السلم لان الاقالة في السلم لا يحتمل
الفسخ بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ الا ترى ان راس المال لو كان عرضا ووجد
المسلم اليه عيبا ورده السلم ثم هلك العرض قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود
السلم ولو اشترى عرضا فرده بحكم العيب ولم يسلم الى البايع حتى هلك يبطل الرد ويعود
البيع قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير والفقيه فيه ان الاقالة في السلم حكمها
سقوط السلم عن ذمة المسلم اليه فلو انفسخت الاقالة كان حكم الانفساخ عود المسلم فيه
والساقط مما لا يحتمل العود لانه تلاشى اما حكم اقالة البيع ان يعود المبيع الى ملك البايع
فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري والملك مما يقبل الانتقال والوجه الثاني
في انهما يتحالفان ما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انهما لما تقايلا فقد
برئ الذي عليه السلم وصارت السلعة مستهلكة والسلعة اذا كانت مستهلكة
كان القول قول المشتري ولا يتحالفان فكذلك ههنا قال وهذا على اصل ابي حنيفة وابي
يوسف مستقيم لان من اصلهما ان المتبايعين اذا اختلفا والسلعة هالكة كان القول
قول المشتري ولا يتحالفان فكذلك ههنا واما مذهب محمد وقد فرق بين المسلم
والبيع فقال في البيع ان كانت السلعة هالكة يتحالفان لان القيمة تقوم مقامها واما
في باب السلم فلا تقوم القيمة مقام السلم لانه لا يحل لرب السلم ان ياخذ الا راس المال

اوالسلم فلما لم تقم القيمة مقامه لا يجوز ان يتحالفا الا ان اقالة السلم لا يحتمل النقض والرد بدليل انهما لو
قصدا ابطال الاقالة لا يجوز قوله فرده بالعيب اراد به قضاء القاضي بالرد لا حقيقة الرد قوله
بينهما اي بين السلم وبيع العين قوله قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه
تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة وان لم يكن لهما بينة تحالفا
عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح وصورة المسيلة في الجامع الصغير ما ذكرناها في كتاب النكاح
في باب المهر وهي محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يتزوج المراة فيختلفان
في المهر قال القول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد وان طلقها
قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف المهر وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف القول قول الزوج في المهر طلق او لم يطلق الا ان ياتي من ذلك بشي قليل فلا
يصدق الطلاق اعلم ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر فقال الزوج الف وقالت المراة
الفان فان كان بعد الدخول قبل الطلاق او بعد الطلاق يحكم مهر المثل حتى لو كان مهر المثل
الفا او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجتها على الفين لما ان
كان اعطاها الفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها وان حلف لا يثبت الفضل
وايهما اقام البينة قبلت بينته فان اقاما جميعا كانت بينة المراة اولى لانها اكثر اثباتا
هذا اذا كان مهر المثل الفا او اقل اما اذا كان مهر المثل الفين او اكثر فالقول قول المراة
مع يمينها بالله ما رضيت بالف لانها منكرة للحط الذي يدعيه الزوج فان نكلت تجب لها
الالف باعتبار التسمية وان حلفت يثبت لها الالفان الف منهما باعتبار التسمية والف
اخر باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار في هذه الالف ان شا اعطاها دراهم كما سماها
وان شا اعطاها من الدنانير ما يساوي الف درهم فايهما اقام البينة على دعواه قبلت
بينته لان كلا منهما مدع ظاهرا فاذا اقاما جميعا كانت بينة الزوج اولى وهو الصحيح لانها
اكثر اثباتا لان بينة الزوج تثبت الاصل وهو سقوط احد الالفين وبينة المراة تثبت
صفة التعيين وهو وجوب المسمى دراهم ولا تثبت الاصل لان الاصل وهو الالفان ثابت
لها باعتبار تحكيم مهر المثل فالمثبت للاصل اولى لكونه اقوى من المثبت للوصف
واما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسماية يجب التحالف لان كل واحد منهما مدع ومنكر
اما الزوج فانه يدعي الحط والمراة تنكره واما المراة فانها تدعي خمسماية اخرى زايدة
على مهر المثل والزوج ينكر ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يبتدا التحالف
بالقرعة لانه لا رجحان لاحدهما على الاخر وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف
يبتدا في التحالف بيمين الزوج وذاك ان المهر في حكم الثمن والبضع كالمبيع وفي
المتبايعين يبدا بيمين المشتري فكذلك هنا يبتدا بيمين الزوج واليه ذهب
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واليه ذهب صاحب الهداية ايضا في هذا
المقام ولكن لم يتعرض له في باب المهر ثم ان نكل الزوج تثبت الالفان مسمى وان
نكلت المراة تثبت الالف وان حلفا جميعا يجب الف وخمسماية الالف باعتبار
التسمية وخمسماية تحكيم مهر المثل وللزوج خيار فيها فايهما اقام البينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ويجب مهر المثل الف وخمسماية

الالف

الالف باعتبار التسمية وخمسماية باعتبار تحكيم مهر المثل وبتخيير الزوج فيها وهذا كله قول
ابي حنيفة ومحمد على تخريج ابي بكر الرازي اعني ان التحالف في فصل واحد على تخريجه
وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما فان وافق قول احدهما فالقول قوله لان الظاهر
معه وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي يجب التحالف على قولهما في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل
قالوا وهو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه
ح يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فاذا لم يثبت مهر المثل
مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل وقال ابو يوسف القول
قول الزوج مع يمينه ولا يحكم مهر المثل الا ان ياتي بشي قليل وذاك لان مهر المثل قيمة البضع
والبضع ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتقويم ولا حاجة الى التقويم عند وجود التسمية ولان
مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا يحكم مهر المثل
ولا معنى للتحالف لانه للفسخ والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ولهذا لا يصار الى تحكيم
المتعة اذا طلقها قبل الدخول بها بل لها نصف ما يقوله الزوج وهذا لان المتعة موجبا
نكاح لا تسمية فيه بعد الطلاق كمهر المثل قبل الطلاق ولابي حنيفة ومحمد ان البضع
متقوم عند النكاح ولهذا اذا لم يوجد التسمية يجب مهر المثل فلما اختلفا في المسمى ٥٥
وجب تحكيم الموجب الاصلي وهو قيمة البضع اعني مهر المثل ولا نسلم ان النكاح لا يحتمل
الفسخ الا ترى انه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسمية والتسلم
فاشبه البيع من هذا الوجه فوجب التحالف وقول ابي يوسف الا ان ياتي بشي
قليل هذا لفظ الجامع الصغير في المبسوط وشرح الطحاوي الا ان ياتي بشي مستنكر
وتكلموا في معناه قال بعضهم هو ان يدعي الزوج اقل من عشرة دراهم وقال بعضهم
هو ان يدعي ما لا يتعارف مهرا لها كما اذا ادعى في مهر بنت الملك مثلا عشرين
دينارا لا يصدق على ذلك هذا كله اذا اختلفا بعد الدخول اما اذا اختلفا قبل الدخول
فالقول قول الزوج في نصف المهر اذا طلقها عند ابي حنيفة ومحمد ولا يحكم متعة
وهذا على رواية الجامع الصغير والمبسوط وقال في الجامع الكبير يحكم متعة مثلها
فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كانت بين الامرين يحلف كل واحد منهما
كما في حال قيام النكاح وعند ابي يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي بشي
قليل يكذبه الظاهر وجه التوفيق بين الروايتين ان وضع المسيلة في الاصل في الالف
والالفين ولا فايدة في تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف والمتعة لا تبلغ
ذلك غالبا اما في الجامع فقد وضع المسيلة في العشرة والماية ومتعة مثلها عشرون
فافاد تحكيم المتعة وجواب الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على المتعارف
وهو الاختلاف في الالوف كما ذكر في الاصل وهذا اذا كان الاختلاف في قدر المسمى
اما اذا كان الاختلاف في اصل التسمية فانكر احدهما يجب مهر المثل بالاتفاق اما
عندهما فظاهر لان الاصل تحكيم مهر المثل عندهما وكذا عند ابي يوسف لانه في المسيلة
الاولى جعل القول قول الزوج لانه يتعين وقد وجد الاتفاق من الزوجين على اصل
التسمية وهنا انكر احدهما المسمى فلم يمكن القضا بالتسمية فوجب المصير الى مهر المثل
والباقي ينظر في باب المهر في شرحنا هذا قوله لان المهر تابع فيه اي في النكاح قوله ولكن

بحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** فان كان مثل ما اعترف به الزوج الي اخره
وقع تفسير القوله بحكم مهر المثل **قوله** ذكر التحالف اولا ثم التحكيم اي ذكر القدوري في مختصره
التحالف اولا اذا اختلفا في المهر اذا لم يكن لهما بينة ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل وهو
قول الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله **قوله** وسقوط اعتبارها بالتحالف اي اعتبار
التسمية والبيان مر انفا **قوله** وتخريج الرازي خلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف
قول الكرخي لان ابا بكر الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا اذا وافق ذلك قول احدهما
ثم يقول بالتحالف اذا خالف قول احدهما وقد مر بيانه انفا **قوله** وذكرنا خلاف
ابي يوسف وهو ان القول قول الزوج الا ان يأتي بشي مستنكر **قوله** ولو ادعى
الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسيلة المتقدمة
ذكر هذه المسيلة تفريعا على مسيلة القدوري قال في الايضاح وان ادعى الزوج
ان المهر هو هذا العبد وقالت المراة هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام في الالف
والالفين الا في فصل واحد وهو ان مهر مثلها اذا كان مثل قيمة الجارية او اكثر
فلها قيمة الجارية لان تملك الجارية لا يكون الا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد
تعذر التسليم فوجبت القيمة قال شمس الايمة البيهقي في الكفاية اذا كان مهر
مثلها مثل قيمة الجارية او اكثر لها مهر مثلها لا بجواز قيمة الجارية وان كان اقل من
قيمة العبد لها مهر مثلها الا ان يرضى باخذ العبد لان تمليك عين الحيوان لا يمكن الا
اذا اتفقا عليه ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع الى قيمتها وقال في التحفة وعلى هذا
اذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج انه كر وقالت المراة شرطت انه كران
لان القدر معقود عليه في الطعام المعين بخلاف القدر في الثوب المعين فانه بمنزلة
الصفة والاختلاف في مقدار ما يتعلق العقد على قدره يوجب التحالف فاما
الاختلاف في الصفة في باب بيع العين فلا واما الزرع والكيل والصفة اذا كان
في الذمة فهو معقود عليها فاذا اختلفا فيها تحالفا وعلى هذا ايضا اذا ادعى احدهما
الف درهم والاخر ماية دينار فهو مثل الالف والالفين يعني ان مهر مثلها اذا كان
مثل ماية دينار او اكثر فلها ماية دينار لان مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم
والدنانير فجاز ان يستحق ماية دينار من غير تراض بخلاف العبد والجارية لما ذكرنا
ولو طلقها قبل الدخول فلا يمكن التحكيم به فيجب المتعة وهو نصف الالف في
مسيلة الجارية لها المتعة الا ان يرضى ان ياخذ نصف الجارية لانهما لم يتفقا
على تسمية احدهما فلم يمكن القضا بنصف الاقل الا باختيارها بخلاف الالف
والالفين واما اذا كان المهر دينا فاختلفا في جنسه او نوعه او صفته فهو
كالاختلاف في العبدين كذا في التحفة وذلك لان الدين غايب مذكور فيختلف
اصله باختلاف وصفه **قوله** وان اختلفا في الاجارة قبل استيفا المعقود عليه
تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه
اختلفا في البدل او في المبدل اراد بالبدل الاجرة وبالمبدل المنافع التي وقع
عقد الاجارة عليها وانما وجب التحالف قبل استيفا المعقود عليه عند اختلافهما
لان التحالف في باب البيع قبل قبض المبيع على وفاق القياس على ما تقدم بيانه

في اول الباب

في اول الباب فتعدى من البيع الى الاجارة لان الاجارة نظير البيع من حيث انه عقد معاوضة
يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع
قبل قبض المبيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمه قال شمس الايمة البيهقي في كتاب الاجارات
من الكفاية اختلفا في قدر الاجرة قبل القبض فقال المستاجر بخمسة وقال الاجر بعشرة
او في المدة فقال الاجر شهرا وقال المستاجر شهرين او المسافة قال هذا الى القصر
وذلك الى الكوفة يتحالفان ويفسخ الاجارة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ومن
اقام بينة تقبل فان اقاما فالبينة للمواجر ان كان الخلاف في قدر الاجرة او نوعها
او جنسها فاما ان كان في المدة فللمستاجر ويبدا باليمين من كانت بينته اولى
اذا اقاما لانه ادخل في باب الفايدة فان ادعى كل واحد فضلا فيما يطلب
ونقصانا فيما يطلب الاخر وقال الاجر اجرتك الى القصر بعشرة وهو يقول
الى الكوفة بخمسة فالتحالف والنكول وقبول البينة على ما ذكرنا وان اقاما
البينة يقبل بينة كل واحد على الفضل الذي يدعيه كذا في الكفاية **قوله** وان
اختلفا بعد الاستيفا لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان فايدة التحالف فسخ العقد والتراد فبعد استيفا المنافع
لا يمكن الفسخ فيها لانها اضمحلت وتلاشت ولان اليمين على المنكر والمستاجر
لا يدعي على المواجر تسليم المنافع لان المستاجر استوفاها فلا يكون المواجر منكرا فلا
يجري التحالف وانما اليمين على المستاجر لانه المنكر للزيادة التي عليها المواجر
وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه في البيع
يمنع التحالف عندهما اما عند محمد فانما لم يمنع الهلاك التحالف في باب البيع لان
العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قايمة مقام العين وفي باب الاجارة
المنافع ليست بمتقومة بانفسها بل بالعقد فاذا انفسخ العقد بالتحالف لا يبقى
العقد ولا يتقوم المنافع بلا عقد فلهذا لم يجز التحالف عنده ايضا فوجب الرجوع
الى قول المستاجر لانه هو المستحق عليه ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان
القول قول المستحق عليه مع يمينه **قوله** واذا امتنع اي التحالف **قوله** وان اختلفا
بعد استيفا بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في
الماضي قول المستاجر هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كل جزء من
المنافع بالمعقود عليه عقدا مبتدا لان العقد في باب الاجارة ينعقد ساعة
فساعة فكان الباقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف هلاك
بعض المعقود عليه في باب البيع فانه يمنع التحالف على مذهب ابي حنيفة
لان العقد ورد في الجملة دفعة واحدة فلا يكون البعض كالمنفرد بالعقد
فاذا سقط التحالف في البعض سقط في الباقي ايضا لان الجملة مملوكة بعقد
واحد فتظهر الفرق وجعل القول في الماضي قول المستاجر لانه المستحق عليه
وهو المدعى عليه فكان القول قوله مع يمينه **قوله** قال وان اختلف المولى
والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يتحالفان ويفسخ الكتابة اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي

رحمه الله كقولهما كذا في شرح الاقطع ووجه قولهما ان كل واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه لان المولي يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند ادا القدر الذي يدعيه والمولي ينكر فيتحالفان كما في الاختلاف في الثمن وابو حنيفة يقول موجب العقد للحال فك الحجر في حق اليد والتصرف وذلك سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الادا فقبله لا مقابلة فبقي الاختلاف للحال في قدر البدل لا غير والعتق قبل الادا معدوم فلم يكن للحال مقابلة ولا اختلاف فيه فلا يتحالفان كذا في اشارات الاسرار قوله قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وما يصلح للنسا فهو للمراة وما يصلح لهما فهو للرجل وان مات احدهما واختلف ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنسا فهو للباقي منهما وقال ابو يوسف يدفع الي المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج في الطلاق والموت وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسا فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته والطلاق والموت سوا وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة وللحي بعد الموت وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير واذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قايم او طلقها فادعي كل واحد منهما انه لكل له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والاسلحة والكتب ونحو ذلك فالقول فيهما قول الرجل لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوي القول قول من يشهد له الظاهر وما يكون من النسا كالوقاية والملاة ونحوها فالقول قول المراة لان الظاهر شاهد لها واما المشكل وهو ما يصلح لهما كالفرس والشاة والعبد والخادم والاواني والامتعة والذهب والفضة والعقار فعند ابي حنيفة ومحمد القول فيه قول الرجل مع يمين وعند ابي يوسف القول قولها في جهاز مثلها مع يمين وفيما زاد علي ذلك القول قول الزوج مع اليمين لان في مقدار جهاز المثل الظاهر لها فان العادة انها تاتي بالجهاز فكان القول قولها مع اليمين ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان المراة وما في يدها كلها في يد الزوج لان المراة في يد الزوج الا تري انه لو تنازع رجلان في امراة وهي في بيت احدهما كان القول قوله باعتبار ان المراة في يده والاثنان اذا تنازعا في شي هو في يد احدهما كان القول قول صاحب اليد بخلاف ثياب بدنها وما يصلح لها لان في ذلك وجه ظاهر يشهد لها اظهر من يد الزوج فجعلنا القول قولها وصار هذا كالاجير مع المستاجر اذا اختلفا في متاع الحانوت القول قول المستاجر وللاجير ما عليه من ثياب بدنه وما قال ابو يوسف قلنا الجهاز قد يكون وقد لا يكون وقد يبقي وقد لا يبقي فلا يبطل به يد الزوج وقال مالك وهو احد قولي الشافعي رحمه الله الكل بينهما نصفان لاستوايهما في سبب الاستحقاق وهو اليد وقال زفر ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنسا فهو للمراة والمشكل بينهما نصفان وقال ابن ابي ليلي الكل للرجال الا ما علي المراة من ثياب بدنها وقال الحسن البصري ان كان البيت للمراة فالمتاع كلها لها لان يد صاحب البيت علي ما في البيت اقوي واظهر من يد غيره فيقضي بالكل لصاحب البيت هذا اذا كانا حيين فان مات احدهما واختلف الباقي مع ورثة الميت قال ابو يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانا حيين لان ورثته للميت يقوم مقام الميت وعند ابي حنيفة المشكل للباقي منهما رجلا كان الباقي او امراة اما اذا كان

الباقي

الباقي هو الرجل فلا يشكل وان كان الباقي للمراة فكذلك فان بعد الموت المال في يدها حقيقة والميت لا يد له والمراة يكون في يد الرجل حال حياته لا بعد وفاته فالورثة يدعون ما في يدها وهي منكرة فكان القول قولها وهذا اذا كانا حرين فان كان احدهما حرا والاخر رقيقا فان كان ماذونا له في التجارة او مكاتبا فعلي قول ابي يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب في الحرين لان لكل واحد منهما معتبرة الا تري ان حرا وعبدا او مكاتبا وحرا تنازعا في شي هو في ايديهما يجعل بينهما لاستوايهما في اليد وعند ابي حنيفة المال للحر منهما ايهما كان لان يد الحر اقوي لانها يد ملك ولان يد الحر يد نفسه ويد العبد يد المولي من وجه فكان اعتبار يد الحر اولي ووجه اخر لابي حنيفة انهما تنازعا في مال ثبتت يدهما بسبب النكاح فكانت المنازعة بينهما واقعة في حكم من احكام النكاح والمكاتب والماذون بمنزلة المحجور في ذلك لان النكاح لا يدخل تحت الاذن والكتابة وفي المحجور يقضي بالمتاع للحر منهما كذلك في الماذون والمكاتب هذا اذا كانا حيين فان كان احدهما ميتا فالقول قول الحي منهما سوا كان حرا او مملوكا فان كان الحي حرا لا شك لان في حالة الحياة نعتبره للحر منهما فبعد الموت اولي وان كان الباقي مملوكا فكذلك لانه لا يد للميت حتي يبطل يد العبد بمقابلته كذا ذكره فخر الدين قاضي خان وقال في شرح الطحاوي ومعني قولنا انه للرجل وللمراة اي يجعل في يده حتي يكون القول قوله مع يمينه وعلي الاخر البينة قوله ظاهرا قوي منه وهو يد الانتفاع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اما ابو حنيفة ومحمد وزفر كلهم اتفقوا ان ما كان للرجل فهو للرجل وهذا لا يشكل لانه في يده وهو القايم عليها وما كان للمراة فهو للمراة لان المراة اكثر استعمالا والاستعمال يدل علي اليد والقضا بشهادة الحال جايز لقول الله عز وجل وان كان قميصه قد من دبر فكذبت واذا ثبت ان القضا بشهادة الحال جايز فالحال شاهده للمراة لانها اكثر استعمالا اما اذا كان مشكلا فمات المراة ففيه اختلاف بين ابي حنيفة ومحمد انه يقضي للزوج وانما يظهر الاختلاف بين ابي حنيفة ومحمد في حرف واحد اذا مات الزوج وبقيت المراة في قول ابي حنيفة رحمه الله يقضي للمراة وفي قول محمد يقضي لورثة الزوج اما مذهب ابي حنيفة فان للمراة يدا حقيقية وللزوج يد مجازية لانه لما مات فقد زالت يده عما كان في يده وانما جعلت يد الورثة بمنزلة يده علي طريق الحكم والمجاز وللمراة يد حقيقية لان يدها باقية ويد الحقيقية اولي بالاعتبار من يد المجاز واما مذهب محمد فان الورثة قاموا مقام المورث فصارت خصومتهم بمنزلة خصومة المورث ولو كان الميت في الاحيا كان احق به فكذلك وارثه واما مذهب ابي يوسف ان الزوج هو القايم علي المراة وما في يدها كانه في يده فينبغي في القياس ان يقضي للزوج كما قال ابن ابي ليلي الا تري ان رجلا لو كان يعول اخته او بنته واختلفا في متاع البيت فالقول قول الرجل في قولهم جميعا فكذلك هذا الا اني استحسن في جهاز مثلها لان الحال شاهد لها بذلك المقدار واما مذهب زفر ان المشكل بينهما نصفان لان يديهما قد استوت في ذلك وليس احدهما اولي من الاخر وقال ابو يوسف يدفع الي المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه اي في المشكل كذا قال بعض الشارحين استدلالا بما ذكروا في شروح الجامع الصغير واشارة كتاب الاشارات ان قوله في المشكل وغيره كذلك لانه قال فيها اذا اختلف الزوجان في متاع البيت قال ابو يوسف يعطي للمراة جهاز مثلها باعتبار الظاهر والعادة والظاهر يصلح للترجيح وما بقي فللرجل وقال ابو حنيفة ومحمد ما

يصلح للرجل فهو له وما يصلح للنسا فهو لها اعتبارا بيد الاستعمال وما كان مشكلا فهو للرجل لان
يده اقوى فان القوام وهي في التحقيق في يده اذا مات احدهما قال ابو حنيفة المشكل
للحي ايهما كان وقال محمد للزوج اوليوارثه لان كان مبنا الي هذا اللفظ الاشارات **فصل**
فيمن لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع فيما لا يكون خصما وقدم الاول لان الكتاب
كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة فجر الكلام الي ذكر من لا يكون خصما فذكره بعده
قوله فان قال المدعي عليه هذا الشي اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته
منه واقام بينة علي ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي هذه مسئلة القدوري وهي
تسمى المسيلة المخمسة وهي من مسايل كتاب الدعوى من الاصل دوارة في الكتب
في مواضع كثيرة وسميت مخمسة لما فيها من الخلاف في مواضع خمسة كذا ذكر الشيخ
ابو المعين في شرح الجامع الكبير هذا الذي ذكره القدوري اذا كان العين قايما اما اذا هلك
فلا يندفع الخصومة بدعوى هذه الاشيا الا ترى الي ما ذكر في الجامع في باب الوكيل يكون
خصما فيما لو هلك في يده عبد مات في يد انسان فادعى انسان عليه ضمان العبد واقام
دون البينة انه كان وديعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعي الدين في
ذمته ويجوز ان يكون مودع الغاصب فيكون ضامنا قال الامام العتابي في شرح الجامع
الكبير دارا وثوب في يد انسان ادعى رجل عليه انها له فقال ذو اليد هو لفلان الغايب
اودعنيه او اعارنيه او اجره او رهنه مني او غصبته منه فهي خمسة اوجه ولذا سمي
مخمسة لهذا فان لم يكن له بينة علي ذلك لم يندفع عنه الخصومة الا علي قول ابن ابي
ليلى لانه متهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع قوله من غير حجة وان اقام ذو اليد
بينة علي ذلك فان ذكر الشهود اسم الغايب ونسبه تقبل البينة علي وصول العين
اليه من الغايب وتندفع عنه الخصومة بالاجماع الا علي قول ابن شبرمة لا يقبل علي
اثبات الملك للغايب لان ذا اليد خصم فيما يحتاج اليه لدفع الخصومة وذلك باثبات
وصول العين اليه من جهة الغايب اما لا حاجة له في اثبات الملك للغايب فلم يكن خصما
عنه في اثبات الملك له الا ترى ان الشهود لو قالوا ان فلانا الغايب دفعها اليه
ولا ندري اكان ملكه ام لا يقبل شهادتهم علي الدفع وتندفع الخصومة عن ذي اليد
وقول ابي يوسف اولا وهو قول ابي حنيفة ومحمد لا اقام البينة ان فلانا اودعه
نعرفه باسمه ووجهه حيث يقبل الشهادة وتندفع الخصومة كذا ذكر خواهر زاده
في مبسوطه وروي عن ابي يوسف ان ذا اليد اذا كان مشهورا بالتزوير والاس
فتعالى فالقاضي لا يسمع هذا الدفع منه اذا وقع عنده كونه متهما في الدفع علي ما
عرف في الدعوى ومعناه ما قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي لان العادة قد جرت بان يدفع ما في يده الي رجل ليودعه اياه ثم يغيب
فلان يتوجه عليه الخصومة فمتى اتهم لا يقبل بينته فان قال الشهود نعرف
فلانا الغايب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه ثبت وصول العين الي ذي اليد من
جهة غير المدعي فثبت ان يده يد غيره وانه ليس بخصم وكذا يكفي لدفع الخصومة
كما لو اقر المدعي بذلك يندفع الخصومة فكذا هذا وعند محمد لا تسمع هذه البينة

مالم يذكروا اسم الغايب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو يملك نقل الخصومة الي غيره اما لا
يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعي ومتى صار الغايب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذا
لم يصر معروفا لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعي وان قال الشهود
اودعه رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذو اليد اعرفه بوجهه لا يندفع الخصومة
لان هذه شهادة للمجهول ولعل المودع هو المدعي فعلي اعتبار كون المدعي هو المودع لا يندفع
الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال
ذو اليد لا اعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة علي ما يدعيه ذو اليد فصار مكذبا لهم
في بعض شهادتهم فان قال ذو اليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا انه اودعه رجل
فالقاضي يسال الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل
وان شهدوا علي المدعي انه اقر ان رجلا دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة ولو اقر المدعي عند القاضي ان رجلا دفعه اليه لا اعرفه بوجهه ونسبه
تندفع الخصومة فكذا هذا وهذا لان الشهادة حصلت بالمعلوم وهو اقرار المدعي فيقبل
لكن المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له تمنع قبول
الشهادة ولو لم يكن لذي اليد بينة علي الايداع عنده حتى قضي القاضي به للمدعي ثم
وجد ذو اليد بينة علي الايداع لا تسمع والقضا للمدعي ماض وهذا بخلاف ما اذا اقام
الخارج البينة علي النتاج او علي الملك المطلق علي ذي اليد وقضي القاضي به ثم اقام
ذو اليد البينة علي النتاج حيث يبطل القضا للخارج لانه ظهر به بطلان القضا ولو قال
المدعي هذه الدار كانت دار فلان الغايب اشتريتها منه وقبضتها منه ونقدت الثمن
وقال ذو اليد فلان ذلك اودعها عندي وانكر شراه فلا خصومة بينهما لانهما اتفقا
انها ملك الغايب وصلت اليه من جهته وانه ليس بخصم قال في الجامع ولو ان المدعي
ادعى علي ذي اليد ان ذا اليد غصبها منه او اودعها او اعارها اياه او اجرها او رهنها وقبضها
واقام ذو اليد بينة انها وديعة فلان لا يندفع الخصومة لانه يدعي عليه الفعل وبان
يكون يده يد الغير لا يكون في يده لا يبين ان الفعل لم يوجد منه فاذا انكر ما يدعي عليه
صار بمنزلة دعوى الغصب عليه ثم في كل موضع صار ذو اليد خصما وقضي بالعين
للمدعي ثم حضر المقر له واقام البينة علي المدعي ان العين له تقبل بينته لانه لم يصر مقضيا
عليه بالقضا علي ذي اليد لان ذا اليد لم يتلق الملك من جهته ولم يثبت كونه مودع
فلان حتى يكون يده كيد المقر له فكان المقر له واجنبي اخر سواء ولو ان المدعي ادعى الشرا
من ذي اليد واقام ذو اليد بينة انها وديعة فلان لا تندفع الخصومة لانه يدعي عليه البيع
وحكي عن القضاة الثلاثة وهم القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو سعيد البردعي والقاضي
ابو حازم ان تاويل المسيلة اذا لم يذكر الشهود قبض المبيع لانه يدعي عليه التسليم اما
اذا ذكروا القبض والتسليم كان بمنزلة ما اذا شهدوا بالملك المطلق فيندفع الخصومة
وقال غيرهم لا يندفع الخصومة وان ذكروا القبض لان دعوى الشرا معتبر في ان
القاضي لا يقضي بالزوايد المنفصلة ولا يرجع الباعة بعضهم علي البعض وكذا اذا ادعى
المدعي ان ذا اليد وهبها او تصدق بها علي المدعي وقبضها منه او اجرها او رهنها
منه وقبضها وعن القضاة الثلاثة ان هذا الجواب مستقيم في الرهن والاجارة مع

النقض لان دوام القبض فيها من حقوقهما فلا يندفع الخصومة به اما في الهبة والصدقة مع القبض
كان كدعوى الملك المطلق تندفع الخصومة وقال غيرهم دعوى الهبة والصدقة معتبرة
لما ذكرنا من الفايدة كذا ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الكبير قوله لعدم الخصم عنه اي
عن الغايب لان الغايب لم يوكله باثبات الملك له واذا لم يقبل هذه البينة فكانه
لم تقم البينة قوله كما بينا من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض يعني ان بينة
المراة على الطلقات الثلاث يقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق
ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى يعني ان عند ابن ابي ليلى
تندفع الخصومة بمجرد اقرار ذي اليد انه لفلان الغايب اودعه اياه او اجره او غصب
منه وجه قوله ان الثابت بالاقرار اذا صح الاقرار كالثابت معاينة او كالثابت بالبينة
ولو ثبت ما ادعى معاينة فان عاين القاضي ان فلانا الغايب اودعه هذا المال
واقام البينة على ما ادعى من الايداع اندفعت الخصومة عنه فكذا اذا اقر وصح اقراره
لان اليد له والاقرار من ذي اليد صحيح والدليل عليه انه لو كان المقر له حاضرا فصدقه
اندفعت الخصومة عنه كما لو ثبت الايداع بالبينة او المعاينة قوله وقال ابو يوسف
ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه اي يندفع الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا
بالحيل لا يندفع عنه الخصومة يعني وان اقام البينة على الوديعة لانه يجوز ان يأخذ
زيد مال اخر ويدفعه الى عمرو ثم يدفعه الى زيد عند الشهود ويقول انه وديعة
ثم اذا ادعاه انسان على ذي اليد فاقام البينة على انه وديعة لا يقبل هذه البينة
دفعا للتزوير والحيل قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو
يوسف استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على
احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما الافتاء من الاستفتاء بحجة من قامت يجب العمل
بها ولا يجوز تعليلها بمجرد الوهم وانا اقول لا يندفع الخصومة باقامة البينة على
الوديعة ونحوها وان لم يعرف الرجل بالحيل لغلبة التزوير فيه والغالب
كالمتحقق قوله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة اي لا نعرفه
اصلا لا باسمه ونسبه ولا بوجهه وفي المسألة الاولى عرفوه بوجهه [والعمدة ولانه] منه
قوله ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد الوجه
الثاني اي لا يندفع الخصومة لانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه قوله وهذه
المسألة مخمسة كتاب الدعوى اي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى
من الاصل تسمى مخمسة لما فيها من خمسة اوجه لان ذا اليد قال هذا وديعة
او عارية او اجارة او رهن او غصب او يسمى مخمسة لان فيها خمسة اقاويل
العلماء الثلاثة ولابن ابي ليلى ولابن شبرمة وهما من فقهاء التابعين بالكوفة
ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وتسعين من الهجرة ومات سنة
اربع واربعين ومائة ومحمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة اربع وسبعين
ومات سنة ثمان واربعين ومائة كذا في كتاب طبقات الفقهاء قوله وان قال
ابتعته من الغايب فهو خصم هذا لفظ القدوري في مختصره اذا ادعى على ذي اليد
عينا فقال ذو اليد اشتريتها من الغايب لا تندفع الخصومة لان هذا القول يتضمن

المالك واليد له في الحال دون الغايب غاية ما في الباب ان ذلك كان للغايب قبل هذا
فلا يخرج بذلك عن الخصومة كما لو ادعى ذو اليد الملك مطلقا قوله وان قال المدعي غصبته
مني او سرقته مني لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة وهذه ذكرت
في بعض نسخ المختصر ولم يذكر في البداية والنافع وهو مذكورة في الجامع الكبير وقدمت اعلم
ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد وقال الدار داري اودعتها عندك او استاجرتها
مني او رهنتها او غصبتها مني وقال الذي في يده الدار انها لفلان الغايب اودعنيها
او غصبتها منه وغير ذلك واقام على ذلك البينة فان الخصومة لا تندفع عنه والفرق
بين ما اذا ادعى الملك مطلقا او ادعى الفعل ان في الفصل الاول انتصب ذو اليد خصما
بيده بدليل انه لو لم يكن في يده لم يكن خصما لان دعوى الملك لا يصح على غير ذي اليد
فاذا اثبت ان يده يد غيره كان الخصم ذلك الغير وفي هذه المسألة انتصب خصما بفعله
بدليل ان الخصومة متوجهة عليه بدون ثبوت يده لان دعوى الفعل يسمع على غير ذي
اليد وهذه البينة لا يظهر ان الفعل لم يكن صدر منه تحقيقه انه الثابت بالبينة كالثابت
بالمعاينة ولو سمع منه انه غصب هذه الدار او ارتهنتها من فلان او استودعها عنده
ثم ادعى انه لفلان انسان لاخراجها منه او اودعها اياه لا يسمع قوله وغرمناه قضاء فكذا
هذا ذكره الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قوله وان قال المدعي سرق مني وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهي من مسائل القدوري
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تندفع وهو القياس كذا
في شرح الاقطع وجه قول محمد ان التجهيل افسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك
فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم
يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من اخر يندفع الخصومة فكذا هذا ووجه
قولهما ان المقصود من التجهيل ان لا يجب القطع على المدعى عليه فصار كالوادعى عليه
السرقة فلا يندفع الخصومة بخلاف الغصب فانه غير معذور في التجهيل كذا في اشارات
الاسرار قوله وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
ذلك اسقط الخصومة بغير بينة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانهما توافقا
على وصول العين الى يده من غيره وليس بوكيل في الخصومة وانما هو وكيل في الحفظ
على قوله فلا يكون بينهما خصومة الا اذا اقام المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضها فكان
احق بامساكها والله اعلم **باب ما يدعيه الرجلان** لما ذكر فيما تقدم دعوى
الواحد شرع في دعوى الاثنين لان المثنى بعد الواحد قوله قال واذا ادعى اثنان عينا
في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي به بينهما اي قال القدوري في مختصره
وقال الشافعي رحمه الله في قول تتهاتر البينتان وتجب القسمة بينهما على قول ويقرع
بينهما على قول فيسلم لمن خرجت قرعته ويتوقف الى الصلح على قول كذا في وجيزهم
قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعيا
نتاج دابة واقاما البينة جميعا وكذلك اذا ادعيا الشراء من واحد واقاما جميعا
البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق احدهما وجه قوله في التهاتر ان القاضي
تيقن بكذب احدى البينتين فلم يمكن تعيين الصادقة من الكاذبة فتهاترتا جميعا

كما لو شهد اثنان انه اعتق عبده يوم النحر بمكة وشهد اخران انه طلق امراته يوم النحر بكوفة
فانه تتهاتر البينتان جميعا وكما لو ادعيا نكاح امراة واقاما جميعا البينة ولا يد لاحدهما
فانه تتهاتر البينتان جميعا وجه قوله في القرعة ان سعيد بن المسيب روى ان
رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شي فاقام كل واحد منهما البينة
فاقرع بينهما ولنا ما روى اصحابنا في المبسوط عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة رضي
الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير فاقام كل واحد منهما
شاهدين انه بعيره فقسم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وروي عن ابي الدردا
مثل مذهبنا انه قضى في مثل هذا نصفين كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده وقال
الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله ابن محمد قال حدثنا معاوية عن حجاج بن
ارطاة عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في ناقة ليست في يد واحد منهما فاقام كل واحد منهما البينة انها ناقته
فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وقال الخصاف ايضا فيه قال حدثنا
حجاج عن حماد بن سلمة عن عطا بن السايب عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان رجلين
اختصما الى ابي الدردا في فرس فاقام كل واحد منهما انه نتجه لا نعلمه باعه ولا وهبه فقضى
به ابو الدردا بينهما نصفين ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيما يصح قسمته
فوجب ان يكون بينهما كما لو اقام كل واحد منهما البينة ان الميت اوصى له بالثلث
ما اذا شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امراة لانهما لا يحتمل القسمة ولان الدليل
الذي اطلق لكل واحد منهما الشهادة موجود فانه يجوز ان يكون احدهما عاين سبب
الملك والاخر شهد لانه راه في يده واذا صحت الشهادتان وجب العمل بهما اذا امكن
وقد امكن لان الاصل في الحجج اذا قامت ولا تعارض في انفسهما ان يصير الحكم مستحق الثبوت
بكل حجة كانها منفردة ثم القاضي يقضي لكل واحد منهما بالنصف لان الحكم يقبل الوصف
بالتجزي فهذا طريق العمل بالدليلين بقدر الوسع كذا في اشارات الاسرار ولا يجوز بالتهاتر
لانه يمكن القاضي ان يحمل شهادة كل فريق على محمل يطلق له اداء الشهادة وحديث القرعة
كان في ابتدا الاسلام ثم نسخ لما حرم القمار ولان القرعة لو جاز اعتبارها لاعتبرت عند اختلاف
المتبايعين في الثمن وكل موضع اشتبه الحق فيه فعلم انها لا تصلح لايجاب الحق واما القول
بالتهاتر البينتين فباطل عندنا لان القاضي نصب لفصل الاحكام لا لايقافها ولان المتبايعين
اذا اختلفا في الثمن او المبيع واقاما البينة لا يتوقف بينهما مع تعارضهما فكذا هنا وهذا كله
فيما اذا استوت البينتان في العدد والعدالة فاما اذا كان لاحدهما زيادة عدد او زيادة
عدالة فكذلك الجواب عندنا يقضي بينهما نصفين وقال الشافعي رحمه الله يثبت الرجحان
بزيادة العدد في الشهود وبزيادة العدالة وهو قول مالك كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه لان زيادة العدد وزيادة العدالة يدل على زيادة صدق ولنا ان كل
واحدة من البينتين لو انفردت استحق بها المال المدعي فينبغي ان يستويا عند الاجتماع
كما لو تساوى عددهما وعدالتهما ولانه حكم اعتبر فيه الشهود فكان حكم الشاهدين فيه
والثلاثة سوا كانعقاد النكاح كذا في مختصر الاسرار قوله قال فان ادعى كل واحد منهما
نكاح امراة واقاما البينة لم يقض لواحد منهما نكاح امراة واقاما البينة لم يقض لواحد

منهما

منهما الى قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما وذلك لان
النكاح لا يقبل القسمة والاشتراك وليست احدى البينتين باولى من الاخرى فتهاترتا جميعا
وبقي مجرد دعوى النكاح فيرجع الى تصديق المراة لان النكاح يحكم به اذا وقع التصادق من
الزوجين وجملة القول فيه ما قال الاستروشني في فصوله في الفصل السابع عشر عن القاضي
الامام ركن الاسلام علي السغدي اذا تنازع اثنان امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته
واقاما البينة على ذلك فهذا على وجوه ان ارخا وتاريخهما سوا وارخا على السوا لكل واحد
منهما يدا ولم يوقتا ففي هذه الفصول الثلاثة لا يقضي بالمراة لاحدهما فانهما استويا في
الحجة فيستويان في الاستحقاق وان ارخا على السوا الا ان لاحدهما يدا فانه يقضي لصاحب
اليد لان حجته ترجحت باليد وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فصاحب التاريخ اولى لان
نكاح صاحب التاريخ ظهر من وقت التاريخ ونكاح الاخر لم يظهر انه كان منعقدا وقت
التاريخ فصاحب التاريخ اولى وان ارخا النكاح وتاريخ احدهما اسبق فهي للذي تاريخه
اسبق وان كان لاحدهما يد وللاخر تاريخ فصاحب اليد اولى لان حجته مرجحة لان كل واحد
منهما تتلقى الملك من جهة واحدة فيد احدهما يدل على ان ملكه اسبق فكان اولى فان اقرت
المراة لاحدهما وللثاني تاريخ فانها تكون للذي لم يورخ لان الاقرار بمنزلة اليد وهذا اذا ارخا على السوا
الا ان المراة اقرت لاحدهما والزوج صدقها فانه يقضي بالنكاح بينهما ويفرق بينها وبين الاخر
وان لم تقر لاحدهما يفرق بينها وبينهما لانهما استويا في الدعوى فان كان قبل الدخول لا يقضي
على احدى الزوجين بشي من المهر ولا تجب عليها العدة هكذا ذكر في الفتاوى وذكر في نكاح
المحيط اذا تنازع رجلان في امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته واقاما البينة فان كانت في
بيت احدهما او كان دخل بها احدهما فهي امراته لان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى
بيته دليل سبق عقده الا اذا اقام الاخر بينة انه تزوجها قبله لان يسقط اعتبار دليل السبق
عند التصريح بالسبق وان لم تكن في بيت احدهما ولا دخل بها احدهما فان وقتا فالاول
اولى وان لم يوقتا او وقتا وقتا واحدا فالذي زكيت بينته اولى وان زكيت البينتان
تسال المراة عن ذلك فان لم تقر المراة بنكاح احدهما يفرق بينها وبينهما وان اقرت لاحدهما
انه تزوجها قبل الاخر فهي امراته الا اذا اقام الاخر بينة انه تزوجها قبل هذا وهذا لان العمل بالبينتين
بالبينتين متعذر فسقط اعتبارهما وبقي تصادق احد الزوجين مع المراة فيثبت النكاح
بينهما بتصادقهما وهذا كله اذا كان التنازع حال قيام المراة فاما اذا كان بعد وفاة المراة
فهذا على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي بالنكاح له
والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يورخا وارخا على السوا فانه يقضي بالنكاح بينهما
ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق
بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحياة
هو المراة وهي لا تقبل مشتركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل
الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث
ابن كامل لان البنوة لا يتجزى هكذا ذكر في الفصول وذكر في الفصول ايضا عن نكاح الذخيرة
اذا ادعى النكاح بمحضر من الشهود لا بد ان يذكر سماع الشهود كلام المتعاقدين لان بين
العلما اختلافا في ان سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط والاصح انه شرط فلا بد من

ذكره لنفع الدعوي **قوله** فصاحب الوقت الاول اولي لان السبق من اسباب الترجيح **قوله**
وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في اخر باب اختلاف الاوقات في الدعوي من شرح الكافي ولو ادعي رجلان عبدا في ايديهما
ولا بينة لهما فقال العبد انا لاحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان ايديهما دليل الملك
علي العبد لانه ليس له يد دافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امراة في ايديهما فاقرت
لاحدهما حيث يقضي بها له لان المراة ليست في يد احد لانها في يد نفسها فيعتبر اقرارها
لزوجته **قوله** لان البينة اقوي من الاقرار لان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة
قوله فلا ينقض بما هو مثله بل دونه اي لا ينقض القضا بالبينة الثانية التي هي مثل
الاولي بل دونها لان الاولي تاكدت بالقضا وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل
بالمثل ولهذا لا ينهدم الراي بالراي الا اذا ثبت سبق التاريخ في الثانية فح ينقض الاول
لكونه خطا يقينا **قوله** قال ولو ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشتري منه هذا
العبد اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار
ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك وتمام البيان هنا ما ذكر شيخ
الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فقال هذا علي وجهين اما ان
ادعيا الشرا من واحد او ادعيا الشرا من اثنين وكل واحد من ذلك لا يخلو من ثلاثة
اوجه اما ان كان العين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما وكل وجه من ذلك
لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا او ارخ احدهما
ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق فان ادعيا الشرا من واحد والعين
في يد ثالث ولم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا فانه يقضي بالدار بينهما نصفين
لاستوايهما في الدعوي والحجة والتاريخ وعدم التاريخ والمقضي به فيما يحتمل الاشتراك
فوجب القضا بينهما نصفين كما لو ادعيا ملكا مطلقا ثم يخير كل واحد منهما ان شا
اخذ نصفها بنصف الثمن وان شا ترك لان كل واحد منهما يثبت شراه علي جميع الدار
وقد استحق عليه النصف ببينة صاحبه فيتخير في الباقي لان الشركة في الاعيان
المجتمعة عيب فان اختارا الاخذ رجع كل واحد منهما علي البايع بنصف الثمن ان كان
نقده الثمن وان لم ينقده ادي كل واحد منهما الي البايع نصف الثمن وان اختار
الرد سلم الدار كلها للبايع ورجع كل واحد منهما علي البايع بجميع الثمن ان كان نقد وان لم
يكن نقد فلا شي لواحد منهما علي البايع فان اختار احدهما الاخذ ورد الاخر ان كان
قبل القضا فانه ياخذ الذي اختار جميع الدار ولا خيار له لان الذي اختار الاخذ اثبت
شراه في جميع الدار وانما يقضي بالنصف لمزاحمة الاخر فاذا رد الاخر فقد زالت
المزاحمة وشراه قايم في جميع الدار فكان له ان ياخذ جميع الدار فاما اذا اختار الرد بعد
ما قضي القاضي بالدار بينهما نصفين لا يكون للذي اختار الاخذ ان ياخذ جميع الدار وان
زالت مزاحمة الاخر لان مزاحمة الاخر زالت بعدما فسخ شرا الذي اختار الاخذ في
النصف والعقد متي انفسخ بقضا القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد وان ارخ
احدهما ولم يورخ الاخر فانه يقضي للمورخ عندهم جميعا وذلك لان شرا الذي
لم يورخ متاخر من حيث المعني فيعتبر كما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ هو منذ شهر

والاخر

والاخر منذ سنة كان صاحب السنة اولي فكذا اذا كان شرا صاحبه متاخرا من شرا المورخ من حيث
المعني وانما قلنا بان شرا الذي لم يورخ متاخر من حيث المعني لان شراه حادث والاصل في
الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يتضمن الحكم بحدوثها نقض ما هو ثابت
بالعيان لان الحكم بحدوثه لاقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل اوجب الحدوث
للحال والثابت بظاهر الحال يصلح للتقرير ما هو ثابت ولا يصلح لنقض ما هو ثابت وههنا
الحكم بحدوثه للحال لم يتضمن نقض ما هو ثابت بالعيان بل تقرير ما هو ثابت وهو ملك
المورخ منذ سنة فاعتبر شرا الذي لم يورخ متاخرا معني ولو تاخر حقيقة كان يقضي بجميع
الدار للاخر فكذا اذا كان متاخرا معني وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما
تاريخا لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ولو عاين القاضي شرا احدهما منذ
سنتين وشرا الاخر منذ سنة فانه يقضي لصاحب السنتين لان شرا صاحب السنة
لا يصح من البايع ما لم ينتقل الدار الي البايع ثانيا والشهود لم يشهدوا بذلك فكذلك اذا
ثبت ذلك بالبينة هذا الذي ذكرنا كله اذا كان العين في يد ثالث فاما اذا كان العين
في يد احدهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا او ارخ احدهما فانه يقضي بجميع الدار
في هذه الفصول الثلاثة لذي اليد وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق وهو الفصل الرابع فانه
يقضي لاسبقهما تاريخا خارجا كان او ذا اليد اما اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا
ففي هذين الفصلين يقضي بجميع الدار لذي اليد لانهما استويا في اثبات الاستحقاق علي
ثالث فان كل واحد منهما ادعي تلقي الملك من جهة يد واثبت ذلك بالبينة واستويا
في التاريخ وعدم التاريخ فاذا استويا في ذلك واحدهما يد يترجح باليد كما في النتاج لما
استويا في اثبات اولية الملك من كل وجه ولاحدهما يد ترجح باليد فكذلك هذا وان
ارخ احدهما فانه يقضي بجميع الدار لذي اليد سوا كان هو المورخ او صاحبه فان كان ذو اليد
هو المورخ فلا اشكال لان ذا اليد اولي من يعتبر تاريخ فمع التاريخ اولي وان كان التاريخ
للخارج فذو اليد اولي بجميع الدار وكان يجب ان يقضي للخارج ويعتبر شرا ذي اليد
الذي لا تاريخ له متاخرا معني لانه حادث والاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها
لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف تقدمها علي وقت ظهورها اذا لم يتضمن الحكم بحدوثه
للحال نقض ما هو ثابت بالعيان وهنا الحكم بحدوثه للحال يتضمن نقض ما هو ثابت
بالعيان وهو اليد فان يده ثابتة بتعيين فلو اعتبرنا شراه حادثا للحال وجب نقض
يده وان اعتبر سابقا علي الشرا الاخر لم يجز نقض يده وكلا الامرين يحتمل يجوز ان يكون
متاخرا عن شرا صاحبه ويجوز ان يكون متقدما فلا ينقض يده وشراه بالشك بخلاف
ما لو كان العين في يد ثالث لانا لو حكمنا بحدوث شرا الذي لا تاريخ له للحال لا ينقض ما
هو ثابت بيقين بل يقرر ما هو ثابت بيقين وهو ملك المورخ منذ سنة فان قيل
من حكمنا بحدوث شرا الذي لا تاريخ له للحال نقيضنا ملك من لا تاريخ له بظاهر الحال وهذا
لا يجوز فالجواب عنه انا من لم نحكم بحدوث شراه للحال ولم ينقض ملك الذي لم يورخ
باستصحاب الحال احتجنا الي نقض ملك المورخ منذ سنة بدليل بالاحتمال ان يكون
شرا الاخر سابقا وما لم يكن بد من نقض احد الملكين كان نقض ما لم يثبت بدليله
بالاحتمال منذ سنة اولي من نقض الثابت بدليله منذ سنة فاما هنا متي حكمنا بحدوث

شرا ذي اليد للحال نقضنا ما هو ثابت بالمعاينة وهو اليد ومن لم نحكم بحدوثه للحال نقضنا الملك الثابت للاخر منذ سنة بالخبر فلا بد من نقض احد الامرين فكان نقض ما هو ثابت بالخبر اولى من نقض ما ثبت بالمعاينة على ما قيل ليس الخبر كالمعاينة ولهذا قلنا اذا ثبت للخارج الشرا مع القبض وللاخر قبض معاين فان صاحب القبض المعاين اولى لان الثابت معاينة فوق الثابت بالخبر فكذا هذا فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا لانهما كانا لانا لو نقضنا بيد ذي اليد بان كان الخارج اسبقهما تاريخا فانما ننقضه بيقين لا بالاحتمال لان ذا اليد ارخ منذ ستة اشهر والاخر منذ سنة فشرا ذي اليد ثبت متاخرا من كل وجه فلو نقضنا يده نقضنا بيقين ونقض الثابت بيقين يجوز بيقين مثله فاما لا يجوز بالاحتمال لجواز ان يكون شرا ذي اليد سابقا على شرا الخارج واذا لم يعرف له تاريخ يحتمل ان يكون متاخرا فلا ينقض يده بالاحتمال هذا اذا كان العين في يد احدهما فاما اذا كان في ايديهما ان يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما دون الاخر فان في الفصول الثلاثة يقضى بالدار بينهما نصفين اما اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فلا اشكال لانهما استويا في الدعوى والحجة والتاريخ وعدم التاريخ واليد والمقضي به مما يقبل الاشتراك فيقضى بينهما نصفين وان ارخ احدهما دون الاخر فكذلك يقضى بينهما نصفين لانه لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد اذا كان للذي لا تاريخ له يد معاين الا ترى انه لو كان في يد احدهما فارخ الخارج لا يكون للتاريخ عبرة حتى لا ينقض يد ذي اليد بالاحتمال فكذا لا يكون لتاريخ احدهما عبرة اذا كان في ايديهما حتى لا ينقض ما ثبت من يد الاخر في النصف بتاريخه واذا لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ من احدهما وعدمه بمنزلة ولو عدم نقض بالبراد بينهما نصفين فكذلك هذا فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضى لاسبقهما تاريخا كما لو ثبت ذلك معاينة فانه يقضى لاسبقهما تاريخا وان كان في ايديهما فكذلك اذا ثبت بالبينة هذا كله اذا ادعيا الشرا من واحد فاما اذا ادعيا الشرا من اثنين فالجواب فيه كالجواب فيما اذا ادعيا ملكا مطلقا سوا كان العين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق وكل جواب عرفته ثمه على الوفاق والخلاف فهو الجواب هنا وانما اعتبروا غالوا دعى اثنان فيها ملكا مطلقا لان كل واحد من المشتريين يحتاج الى اثبات الملك لبايعه ملكا مطلقا لان الملك غير ثابت لبايعه باتفاق خصمه وان كان كل واحد منهما محتاجا الى اثبات الملك لبايعه في هذه الدار ملكا مطلقا ولهما ذلك حتى يثبت شراهما صار البايعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا في هذه الدار ولو ادعيا ملكا مطلقا في الدار كان الجواب على التفصيل الذي ذكرنا فكذلك هذا بخلاف ما لو ادعيا الشرا من واحد لانه لا حاجة هنا الى اثبات الملك للبايع لان الملك للبايع ثابت باتفاقهما وحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب النقل الى نفسه فاذا استويا وتعذر ترجيح احدهما على الاخر يقضى بينهما نصفين وان امكن ترجيح احدهما على الاخر قضينا بالراجح هذا كله مما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الدعوى في الشرا والصدقة والوقت في ذلك **قوله** وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه وهذا لفظ القدوري

في مختصره

في مختصره وقد مر البيان آنفا **قوله** ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضا اي نظير ما اذا قال احد المدعيين لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للاخر اخذ الجميع احد الشفيعين قبل القضا يعني اذا سلم احد الشفيعين الشفعة قبل قضا القاضي كان جميع ذلك للاخر **قوله** ونظير الاول تسليمه بعد القضا اي نظير ما اذا قال احد المدعيين للشرا لا اختار الاخذ بعد قضا القاضي حيث لا يكون للاخر ان ياخذ جميعه تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضا القاضي بالدار بينهما لم يكن للاخر ان ياخذ نصيبه لان القاضي قد ابطل شفعة كل واحد منهما فيما قضى به للاخر كذا في شرح الاقطع **قوله** ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر البيان وذلك لانا لما حكمنا بالبيع للاول ملكه الاول فيكون البايع بعد ذلك بايعا ملك غيره فلا يصح فاذا ذكر احدهما التاريخ ولم يذكر الاخر كان صاحب التاريخ اولى لان تقدم شراه على زمان الدعوى يثبت بذكر التاريخ فبقي مع الاخر معنى حادث لا نعلم تاريخه فيحكم به للحال فكان المتقدم اولى **قوله** وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه انه في يده اي معنى قوله ومع احدهما قبض وقد مر البيان مستقصى قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان لم يوقت واحدة منهما وقتا وكانت الدار في يد احد المدعيين قد قبضها فقضيته بها للذي هي في يده لان القبض دلالة السبق في حقه لان القبض انما يقع صحيحا اذا تقدمه عقد فكان اولى ورد البايع الثمن على الاخر فان شهد شهود الاخر على وقت لم يقع به الا ان شهدوا ان بيعه كان قبل الاخر فاقضي بها له لانه مر ثبت الملك له في وقت سابق على وقت الاخر لا يثبت الثاني الا بدعوى يلتقي من قبله **قوله** وان ادعى احدهما شرا والاخر هبة وقبضا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى قال صاحب الهداية معناه من واحد اي معنى قوله ادعى احدهما شرا والاخر هبة وقبضا دعواهما تلقي الملك بسببين مختلفين من رجل واحد لانه اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من رجل اخر يكون بينهما نصفين فلا يكون الشرا اولى وسيجي بيان ذلك عند قوله ولو ادعى احدهما الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا كانت دابة في يد رجل فاقام رجل البينة انها دابته اشتراها من فلان بثمن مسمى ونقد الثمن وقبض الدابة واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها له وقبضها منه قضي به لصاحب الشرا لانهما اذا لم يورخا صار كانهما وقعا معا والشرا اقوى من الهبة لانه يفيد الملك بنفسه والهبة لا تفيد الملك بدون القبض وكذلك الشرا اولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد وكذلك قول ابي يوسف الا في الشرا والنكاح فانهما يكونان بينهما نصفين والرهن اولى من الهبة والصدقة والنكاح اولى من الهبة والصدقة والصدقة والهبة سوا ابو يوسف يقول الشرا والنكاح يستويان في افادة الملك من غير توقف فتعارضا ومحمد يقول التعارض عند تعذر العمل بهما وقد امكن ذلك لان الشرا لا يمنع التزوج عليها لان التزوج على دابة الغير صحيح ويدفع قيمتها فمتى امكن الجمع بينهما يعمل بهما والرهن اولى من الهبة على هذه الرواية وروي عن ابي حنيفة ان الهبة اولى وجه

هذه الرواية ان الشهادة علي الرهن يثبت ملكا مضمونا والشهادة علي الهبة تثبت الملك بغير ضمان
فكانت تلك اكثر اثباتا ووجه الرواية الثانية ان الهبة تثبت الملك والرهن يثبت اليد والملك
اقوي من اليد فكانت الي هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور ولا تاريخ منهما فيه تفصيل ذكره شيخ
الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه فقال اذا ادعيا من جهة واحدة والعين
في يد ثالث ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا فالشرا اولي حتي يقضي بالدار لمدعي
الشرا ولا يقضي لمدعي الهبة بشي ان كان ما وقع فيه الدعوى مما لا يحتمل القسمة لوجهين احدهما
ان الشرا سابق علي الهبة من حيث المعنى فيعتبر بما لو كان سابقا حقيقة بان ارخ صاحب
الشرا منذ سنة ولم يورخ الاخر فلو كان كذلك كان الشرا اولي فكذا هنا وانما قلنا بان الشرا
سابق من حيث المعنى لان العقدين قد ظهرا وجهل التاريخ بينهما فيجعل كانهما وقعا
معا ولو وقعا كان الشرا سابقا لان الشرا يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك
بنفسهما وانما توجب بالقبض فيصير الشرا سابقا معنى من هذا الوجه والثاني ان الشرا
يوجب الملك بعوض والهبة بغير عوض فاذا احتجنا الي نقض احدهما كان نقض
ما يوجب الملك بغير عوض وفيه تقليل النقض اولي من نقض الذي بعوض وفيه
تكثير النقض فصار الشرا اولي بهذين الوجهين وهذا بخلاف ما اذا ادعيا ذلك من جهة
اثنين فانه يقضي بينهما نصفين ان كان مما وقع فيه الدعوي مما لا يحتمل القسمة وان كان
الشرا سابقا من حيث المعنى لا نعتبر السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة ولو
كان السبق ثابتا من حيث الحقيقة بان ارخ صاحب الشرا ولم يورخ الاخر كان بينهما
نصفين اذا ادعيا من جهة اثنين فكذا اذا اعتبر سابقا من حيث المعنى ولو ادعيا من
جهة واحد نعتبر السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة ولو ثبت المستبق
من حيث الحقيقة كان الشرا اولي فكذا اذا ثبت من حيث المعنى وان ارخ احدهما
ولم يورخ الاخر فالمورخ اولي ايهما كان فان كان المورخ هو المشتري فلا اشكال لان
الشرا من غير تاريخ اولي مع التاريخ اولي وان كان ارخ الهبة فالهبة اولي لان الشرا
متاخر معنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ صاحب الشرا منذ ستة اشهر وصاحب
الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشرا حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال
حدوثها انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف تقدمها علي وقت ظهورها اذا لم
يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت من حيث العيان والحكم بحدوث الشرا للحال
لا يتضمن نقض ما هو ثابت من حيث الحقيقة والعيان فيعتبر حادثا للحال واذا اعتبر
حادثا للحال صح قولنا ان الشرا متاخر معنى من الهبة فيكون الهبة اولي وان ارخا وتاريخ
احدهما اسبق فالسابق ايهما كان لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وان
كان العين في يد احدهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا فذو اليد اولي لانهما كان
لانهما استويا في اثبات الاستحقاق علي ثالث ولاحدهما يد فيترجح باليد وان ارخ
احدهما فكذلك صاحب اليد اولي لان يده ثابت بيقين ووقع الشك في نقضه فلا
تنقضه بالشك ولا يعتبر حادثا للحال وان لم يكن لذي اليد تاريخ وان كان الاصل في
الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف حال حدوثها لان هنا هكذا
اذا لم يتضمن نقض ما هو ثابت من حيث العيان وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه

يقضي لاسبقهما تاريخا ايهما و ينقض يد ذي اليد لانا لو نقضنا يده نقضنا بيقين لا بالاحتمال
والثابت بيقين يجوز ان ينقض باليقين فاما لا يجوز ان ينقض بالاحتمال وان كان في ايديهما فانه
يقضي بينهما نصفين في الفصول الثلاثة لان يد كل واحد منهما ثابت في النصف فيعتبر بما
لو كان ثابتا في الكل ولو كان ثابتا في الكل لم يجز نقض يده بالاحتمال فكذلك هذا وان ارخا وتاريخ
احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا ايهما كان كما لو كان بيد احدهما ثابتا في الكل ينقض
يده اذا كان تاريخ صاحبه اسبق فكذا اذا كان يد كل واحد منهما ثابتا في النصف ثم انما يقضي
نصفين في الفصول الثلاثة اذا كان المقضي به مما لا يحتمل القسمة فاما اذا كان مما يحتمل القسمة
فانه يقضي لمدعي الشرا لان بينة مدعي الهبة غير مسموعة لانها يثبت هبة فاسدة كذا
قال خواهرزاده في مبسوطه قوله ولا ترجيح بها للزوم جواب سوال مقدر بان يقال
ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض سوا حتي يكون العين بين المدعيين نصفين
وكان ينبغي ان يكون للصدقة اولي لانها تثبت الملك اللازم من الهبة لانها تثبت
ملكا غير لازم فاجاب عنه بما قال في الكتاب وهو ان لزوم الصدقة باعتبار المال
حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا
يترجح الصدقة علي انا نقول الهبة اذا كانت لذي رحم محرم كانت لازمة ايضا وكذا في
الاجنبي اذا كانت بشرط العوض فيستويان فيندفع السوال قوله وهذا فيما لا يحتمل
القسمة صحيح اي كون الهبة والصدقة سوا فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح
هذا بالاتفاق قوله وكذا فيما يحتملها عند البعض اي الهبة والصدقة سوا ايضا عند البعض
فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضي بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوع طارئ
عند البعض لا يصح ولا يقضي لهما بشي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله لانه تنفيذ الهبة
في الشايع قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان كان مما لا يحتمل القسمة كالدار
ونحوها فلا يقضي لهما بشي عند ابي حنيفة وعندهما يقضي بينهما نصفين ولو كان
في يد احدهما قضي له بالاجماع الي هنا لفظه رحمه الله قوله قال واذا ادعى احدهما
الشرا وادعت امراة تزوجها عليه فهما سوا اي علي هذا العبد يعني يقضي بالعبد
بينهما نصفين هذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما علي السوا وهذا قول ابي يوسف وعند
محمد الشرا اولي اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسبق اولي كما في دعوى الهبة مع
الشرا كذا ذكر خواهرزاده في مبسوطه وجه قول ابي يوسف ان كل واحد من الشرا
والنكاح يثبت الملك بنفسه ولا يتوقف في اثبات الملك الي شي اخر كتوقف الهبة
والصدقة الي القبض وكل واحد منهما عقد معاوضة يتعلق به الضمان فاستويا
في القوة فكانا سوا كالشرائين ووجه قول محمد رحمه الله ان تصحيح البينات واجب
ما امكن حسنا للظن بالشهود ومتى قلنا بسبق الشرا صح وصحت التسمية في النكاح
لان التزوج علي عبد الغير صحيح ومتى جعلنا بسبق النكاح بطل البيع فاذا كان كذلك
قلنا بسبق الشرا لانه يفضي الي تصحيح البينتين جميعا فكان الشرا اولي ووجب
للمراة علي الزوج قيمة ذلك لان من تزوج امراة علي عبد الغير صح ووجب القيمة
فكذلك هذا قوله وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن
اولي هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وهذا استحسان وذكر في كتاب

الشهادات ان الهبة اولى ووجه القياس ان الهبة تثبت الملك والرهن يثبت اليد والملك اقوى
من اليد فكانت الهبة اولى ووجه الاستحسان ان الرهن يثبت ملكا مضمونا ولهذا
قلنا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والهبة تثبت ملكا غير مضمون فكان
الرهن اولى لانه اكثر اثباتا فصار الرهن مع الهبة كالشرا مع الهبة بخلاف الهبة بشرط العوض
فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان الرهن يثبت الملك بعاقبته
اذا هلك معنى لا صورة والبيع يثبته صورة **قوله** وان اقام الخارجان البينة على الملك
والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الاثنين اذا
تنازعا في عين واقاما جميعا البينة فهذا على وجوه وجهين اما ان ادعيا ملكا مطلقا او
ادعيا ملكا بسبب اما بالميراث او بالشرا من جهة واحد ومن جهة اثنين والعين
في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما وكل وجه من ذلك على اربعة اوجه اما ان
اقاما البينة على ما ادعيا ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما ولم يورخ
الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق بان ارخ احدهما منذ سنة والاخر منذ سنتين فان
ادعيا ملكا والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فانه يقضى بينهما نصفين
عندهم جميعا لاستواهما في الدعوى والحجة والتاريخ وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فعلى
قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد في رواية ابي حفص
يقضى لاسبقهما تاريخا وعلى قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد في رواية ابي سليمان
يقضى بينهما نصفين ولا يكون للتاريخ عبرة على قولهما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
ما ذكر في رواية ابي حفص عن محمد انه يقضى لاسبقهما تاريخا فهو قوله الاول وما ذكر في رواية
ابي سليمان انه يقضى بينهما نصفين قوله الاخر وقوله الاخر مع قول ابي يوسف الاول
وقوله الاول مع قول ابي يوسف الاخر وجه قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد اخرا
ان دعوى مطلق الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج حتى يستحق
الاصل بالزوايد المتصلة والمنفصلة جميعا ويرجع الباعة بعضهم على بعض كدعوى النتاج
والتاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال ارخا وتاريخ احدهما اسبق او على السوا او ارخ
احدهما ولم يورخ الاخر لان المقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه
ليترجح بينته على بينة خصمه واثبات زيادة الاستحقاق على اخر لا يتصور في دعوى
النتاج لان دعوى اولية الملك فكذا هذا واذا لغى التاريخ كما في النتاج صار كانهما لم يورخا
فيكون بينهما نصفين ووجه قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وعلى محمد اولا
ان صاحب التاريخ الاقدم اقام البينة على انه اول المالكين وان العين لا يستحق الا من جهته
واقام الاخر بينته على الاستحقاق لا من جهته فلم تقبل بينته كصاحب النتاج والملك
المطلق وللشافعي رحمه الله قولان في قول يعتبر السبق وفي قول يتساويان هذا
اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فاما اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فقال شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب يعني في المبسوط ثم قال وذكر
الطحاوي في كتابه خلافا فيما بينهم فقال على قول ابي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة
للتاريخ حالة الانفراد عنده وعلى قول محمد يقضى للذي لم يورخ وعلى قول ابي
يوسف يقضى للمورخ ثم قال شيخ الاسلام وذكر محمد في كتاب العلل انه للذي لم

يوقت

يوقت لانه اقدمهما تاريخا ووجه قول ابي حنيفة ان الذي لم يورخ سابقا من وجه على المورخ
ولاحق من وجه اما كونه سابقا لانه ادعى مطلق الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم
كدعوى النتاج فيكون سابقا على المورخ ولكنه يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى
قبله من حيث الحقيقة فهذا يوجب ان يكون لاحقا عن المورخ كما لو ادعيا الشرا نصا
من واحد وارخ احدهما ولم يورخ الاخر والعين في يد ثالث يجعل المورخ سابقا على الذي
لم يورخ حتى يقضى له فاذا صار كل واحد من المورخ وغير المورخ سابقا من وجه لاحقا
من وجه استويا فجعل كانهما ملكا فسقط اعتبار التاريخ حالة الانفراد بخلاف ما لو ارخا وتاريخ
احدهما اسبق لانه سابق من كل وجه والاخر لاحق من كل وجه والاخر لاحق من كل وجه وبخلاف
ما لو ادعيا الشرا من واحد وارخ احدهما والعين في يد ثالث فان المورخ اولى وان احتمل
ان يكون الشرا الذي لم يورخ سابقا لان سبق شرا الذي لم يورخ ثابت بالوهم من غير ان
يكون على السبق دليل فلم يثبت السبق بالوهم فبقي لاحقا من كل وجه فكان المورخ اولى
فاما هنا فسبق الذي لم يورخ على المورخ ثابت بدليله فان دعوى مطلق الملك دعوى
اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج لكن لاحق باعتبار دعوى التملك كما في دعوى
الشرا فاستويا واما ما روى الطحاوي عن محمد وما ذكر في كتاب العلل انه يقضى للذي
لم يورخ على قول محمد فهو قوله الاول لان على قوله الاول يعتبر التاريخ حالة الاجتماع حتى
قال لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا واذا اعتبر التاريخ على قوله
الاول صار الذي لم يورخ اسبقهما تاريخا من حيث المعنى لانه ادعى اولية الملك وقد
سبق ثبت السبق بدليله وصار كما لو صار على صاحبه سابقا بالتاريخ نصا فاما على قوله
الاخر يجب ان يقضى بينهما نصفين لان تاريخ احدهما لو ثبت سابقا على الاخر من حيث
النص لم يكن للتاريخ عبرة فكان بينهما نصفين فاذا ثبت سابقا على الاخر من حيث
المعنى لا من حيث النص اولى ان لا يكون لها عبرة واما على قول ابي يوسف فيما
روى الطحاوي عنه يستقيم على قوله الاخر لانه يعتبر التاريخ في قوله الاخر كما في دعوى
التملك فيكون المورخ اولى كما لو ادعيا التملك نصا من واحد بالشرا وارخ احدهما
ولم يورخ الاخر والعبد في يد ثالث فاما على قوله الاول لا عبرة للتاريخ حالة الاجتماع فكذا
حالة الانفراد فاذا سقط اعتبار التاريخ على قوله الاول صار كانهما لم يورخا اصلا فيكون بينهما
نصفين هذا الذي ذكرنا اذا كان العين في يد ثالث فاما اذا كان في يد احدهما ان لم يورخا
او ارخا وتاريخهما على السوا فالخارج اولى اما اذا لم يورخا فلان احدهما خارج والاخر
ذو اليد وقد تنازعا في ملك مطلق وكذلك ان ارخا وتاريخهما على السوا فكانهما لم يورخا فيكون
الخارج اولى فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ذكر في كتاب الدعوى ان على قول ابي حنيفة
وهو قول محمد يقضى لاسبقهما تاريخا سوا كان خارجا او ذو اليد وعلى قول ابي يوسف الاول قال
يقضى للخارج ثم رجع وقال يقضى لاسبقهما تاريخا ان كان خارجا فلا اشكال لان بينته اكثر
استحقاقا من بينة ذي اليد فانه استحق عليه الملك الثابت له بظاهر اليد للحال
وزيادة ملك فيما مضى بقدر سنة فان الخارج ارخ منذ سنتين وان كان اسبقهما تاريخا
ذا اليد فهو اولى لان البينتين استويا في حق الثبات والاستحقاق فيترجح بينة ذا اليد
باليد كما في دعوى النتاج واما على قول ابي يوسف الاول يكون الخارج اولى لانه لا عبرة

للتارخ على قوله الاول فكانهما لم يورخا ولو لم يورخا كان الخارج اولي وعلى قوله الاخر للتاريخ
عبرة فيكون اسبقهما تاريخا اولي ايهما كان وعلى قول محمد اسبقهما تاريخا اولي على قوله
الاول لان للتاريخ عبرة على قوله الاول فاما على قوله الاخر فالخارج اولي وقد روي اصحاب
الامالي عن محمد ان للخارج اولي لان التاريخ على قوله الاخر ساقط الاعتبار فكان ما ذكر من
قول محمد مع ابي حنيفة قوله الاول فاما اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فعلى قول ابي حنيفة
الخارج اولي لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد كما لو كان العين في يد ثالث وارخ احدهما
الا انه متى سقط اعتبار التاريخ ثمة كان بينهما نصفين لانهما خارجان وهنا اذا سقط اعتبار
التاريخ حالة الانفراد كان الخارج لان احدهما خارج والاخر ذو اليد وقد تنازعا في ملك
مطلق واما على قول محمد الاول فيقضي للذي لم يورخ لانه اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى
وهو دعوي اولية الملك فاما قوله الاخر لا عبرة للتاريخ فكان المورخ لم يورخ فيكون الخارج
اولي واما على قول ابي يوسف الاول فلا عبرة للتاريخ فيكون للخارج اولي واما على قوله
الاخر يقضي للذي اليد سواء كان التاريخ له او للخارج لان للتاريخ عبرة على قوله الاخر باعتبار
دعوي التملك ذو اليد اولي على كل حال هذا الذي ذكرنا اذا كان العين في يد احدهما فاما
اذا كان في ايديهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضي بينهما نصفين لاستوايهما
في الدعوي والحجة واليد وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا في قول ابي
حنيفة فاما على قول ابي يوسف الاول يقضي بينهما لانه لا عبرة للتاريخ على قوله الاول
وعلى قوله الاخر للتاريخ عبرة فيقضي لاسبقهما تاريخا وعلى قول محمد الاول يقضي لاسبقهما
تاريخا فاما على قوله الاخر فلا عبرة للتاريخ عنده فيقضي بينهما نصفين وان ارخ احدهما
فعلى قول ابي حنيفة لا عبرة للتاريخ فيقضي بينهما نصفين وعلى قول ابي يوسف الاول
والاخر يقضي بينهما نصفين اما على قوله الاول فلانه لا عبرة للتاريخ فيقضي نصفين
واما على قوله الاخر التاريخ وان كان معتبرا باعتبار دعوى التملك الا ان في دعوي متى
ارخ والعين في ايديهما او يد احدهما يقضي بينهما نصفين وعلى قول محمد الاول يقضي
للذي لا تاريخ له لانه اسبقهما تاريخا من حيث المعنى والتاريخ معتبر على قوله الاول فاما
على قوله الاخر فلا عبرة للتاريخ فيقضي بينهما نصفين هذا الذي ذكرنا اذا ادعيا ملكا مطلقا
فاما اذا ادعيا ملكا بسبب بان ادعيا تلقي الملك من اثنين بالميراث والشرا فالجواب
كالجواب في الملك المطلق لان كل واحد منهما يحتاج الي اثبات ملكه لمملكه فكان
المملكين حضرا وادعيا بانفسهما ملكا مطلقا والعين في يد ثالث او في ايديهما او في يد احدهما
او في ايديهما فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا كما اذا ادعيا ملكا مطلقا فاما اذا
ادعيا تلقي الملك من واحد بالشرا ان كان العين في يد ثالث ان ارخا وتاريخهما على
السواء او لم يورخا يقضي بينهما نصفين لاستوايهما في الدعوى والحجة والتاريخ وان
ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا عندهم جميعا لان التاريخ معتبر عندهم
جميعا في دعوى الشرا من واحد واذا اعتبر التاريخ صار اسبقهما تاريخا اولي من الاخر
كما لو ثبت الشرا ان معاينة وان ارخ احدهما فالمورخ اولي عندهم لان التاريخ حالة الانفراد
معتبر في دعوى الشرا من واحد فيكون المورخ اولي لان شرا الذي لم يورخ لا حق من
حيث الحكم لانه لم يثبت سبق شرايه بدليل وسبق شرا المورخ ثابت بالتاريخ فكان الذي

لا تاريخ له

لا تاريخ له لا حقا فاما ان كان في يد احدهما فذو اليد اولي الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق
اولي لان يد ذا اليد ثابت بعين فلا ينتقض يده بالشك وان كان في ايديهما فهو بينهما نصفان
الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق لان يد كل واحد منهما ثابت من حيث الحقيقة فلا ينقضه
بالشك كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في اول باب الدعوى في الميراث
من مبسوطه قوله قال ولو ادعيا الشرا من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما
البينة على تاريخين فالاول اولي اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فلو ثبت السبق معاينة كان السابق اولي فكذا اذا ثبت بالبينة
وقول صاحب الهداية في تفسير قول القدوري معناه من غير صاحب اليد نظر لان معنى
دعوي الشرا من واحد دعوي تلقي الشرا من واحد لا من اثنين وذلك الواحد هو
البايع ثم بعد ذلك لا يخلوا اما ان تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث
او في يد احدهما او في ايديهما ولا معنى لقوله معناه من غير صاحب اليد وتمام البيان مر
عند قوله ولو ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قوله وان اقام كل
واحد منهما البينة على الشرا من اخر وذكرا تاريخا فهو سواء اي قال احد الخارجين اشتريته
من زيد والاخر اشتريته من عمرو وذكرا تاريخا واحدا كان بينهما لاستوايهما وان كان
تاريخ احدهما اسبق كان اولي على قول ابي حنيفة وهو ابي يوسف اخرا وقول محمد في رواية
ابي حفص وعلى قول ابي يوسف الاول يقضي بينهما نصفين وذلك لانهما يثبتان الملك
لبايعيهما فصار كان البايعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا بانفسهما والحكم في الدعوى الملك المطلق
ذلك فكذا هنا وقد مر ذلك عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ وعند
قوله ولو ادعي اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قوله ولو وقتت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفان هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني اذا ادعي الخارجان شرا كل واحد من رجل اخر واقام البينة وارخ احدهما دون الاخر
قضي بينهما نصفين كما في اذا ادعيا ملكا مطلقا والحكم فيها اذا كان العين في يد ثالث
او في يد احدهما او في ايديهما سواء وذلك لان المشتريين يحتاج كل واحد منهما ان اثبات
الملك لبايعه ملكا مطلقا لان الملك غير ثابت لبايعه باتفاق خصمه فصار كان البايعين
حضرا وادعيا ملكا مطلقا فتوقيت احدهما لا يدل على سبق ملك بايعه فلعل ملك بايع
الاخر اقدم بخلاف ما لو ادعيا الشرا من واحد لانه لا حاجة هنا الي اثبات الملك للبايع لان
الملك للبايع ثابت باتفاقهما فاذا ثبت تاريخ احدهما يحكم به ويحال بشرا الاخر الي اقرب الاوقات
قوله ولو ادعي احدهم الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من
ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر قضي بينهم ارباعا وهذه من مسايل المبسوط ذكره تفريعا
وذلك لانهم استووا في دعوي الملك دون السبب وقد اثبتوه بالحجة فيوزع بينهم قوله قال
وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان
اولي اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه اي هذا قوله
الاخر المرجوع اليه قال القدوري في كتاب التقريب ذكر ابن سماعة عن محمد انه رجع
عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلث وثمانين ومايه وقال الخارج اولي وقال

شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه روي اصحاب الامالي عن محمد ان الخارج اولي لان التاريخ
على قوله الاخر ساقط الاعتبار فكان ما ذكر من قول محمد مع قول ابي حنيفة قوله الاول وقد مر
تمام البيان عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولي وبنظر وغه قال شمس الايمة البيهقي اذا ارخا تاريخا وتساووا فالخارج اولي لانه لم يثبت تقدم
احدهما فكانهما لم يورخا وان كان احدهما اقدم فالاقدم اولي عندهما وعند محمد الخارج وفي المسيلة اختلاف
الروايات في الاصول والقرار على هذا لمحمد ان التاريخ لا يدل على صفة الملك اولا واخرا فصار
وجوده وعدمه سوا ولهما ان الاقدم اثبت لنفسه الملك في زمان سابق ولا يمكن ان يستفاد
الملك الا من جهته وعلى هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما ووقتا فصاحب الوقت
الاقدم اولي وعند محمد لا عبرة بالوقت **قوله** ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك
مطلق ووقت احدهما دون الاخر فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولي وقال ابو يوسف
وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولي كذا ذكر الخلاف في شرح الاقطع وهذه
ذكرت تفريعا على مسيلة القدوري ثم قال ووجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل
على تقدم ملكه لجواز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ
على تقدم الملك سقط فكانت بينة الخارج اولي ووجه قول ابي يوسف ان بينة
صاحب اليد قد دلت على تقدم الملك فكانت اولي من الملك المطلق كالمدعيين
الشرا من واحد اذا ارخ احدهما الجواب ان الشرا معنى حادث واذا لم يورخ حكم بوقوعه
في الحال فكان للمقدم اولي منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال قال
شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه في هذه المسيلة اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فعلى
قول ابي حنيفة الخارج اولي لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد وعلى قول محمد الاول يقضى
للذي لم يورخ لانه اسبقهما تاريخا وعلى قوله الاخر لا عبرة للتاريخ فيكون الخارج اولي وهو
قول ابي يوسف الاول وعلى قوله الاخر يقضى لذي اليد سوا كان التاريخ له او للخارج
هذا حاصل ما قال شيخ الاسلام وتمام البيان مر عند قوله وان اقام الخارجان البينة
على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولي **قوله** وقع الشك في التلقي من جهته
اي من جهة ذي اليد يعني ان الاحتمال والتردد وقع في معنى الدفع ههنا فلا يترجح بينة
ذي اليد لانه اذا ارخت بينة ذي اليد ولم تورخ بينة الخارج لم يستيقن بان يكون
الملك للخارج متلقى من جهة ذي اليد لجواز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان
اقدم فاذا وقع الاحتمال والتردد في تضمنه معنى الدفع لم تقبل بينة ذي اليد مع الشك
قوله وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما اي على هذا الخلاف اذا كانت الدار في
ايديهما فارخ احدهما دون الاخر عندهما لا عبرة بالتاريخ وعند ابي يوسف للمورخ **قوله**
ولو كانت في يد ثالث والمسيلة بحالها فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي
وقت اولي وقال محمد الذي اطلق اولي اراد بقوله والمسيلة بحالها ان احدهما ارخ
دون الاخر قال القدوري في كتاب التقريب وقال ابو يوسف فصاحب الوقت
اولي وروي عن ابي حنيفة ذلك وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه
لم يذكر محمد هذا الفصل في المبسوط ثم قال وذكر الطحاوي في كتابه خلافا فيما بينهم
فقال على قول ابي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة للتاريخ حالة الانفراد عنده وعلى قول

محمد الفقي

محمد يقضى للذي لم يورخ وعلى قول ابي يوسف يقضى للمورخ وقد ذكرنا تمام البيان عند قوله وان اقام الخارجان
البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولي ووجه قول محمد ان البينة بالملك المطلق يدل على
ملك الاصل الا ترى ان من اقام البينة على ملك في جارية استحقها واولادها وملك الاصل اولي
من التاريخ ووجه قول ابي يوسف ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولي لانه اثبت
الملك من ذلك الزمان بيقين والذي لم يورخ يحتمل غير الاولية والعمل باليقين راجح على المحتمل
كما اذا ادعيا الشرا وارخ احدهما دون الاخر كان صاحب التاريخ اولي ووجه قول ابي حنيفة ان
التاريخ ساقط الاعتبار لانه يحتمل عدم التقدم فصار كانهما اقاما البينة على ملك مطلق ولم
يورخا كان بينهما بخلاف الشرا حيث يرجح المورخ لان الشرا امر حادث فيضاف الى اقرب
الزمان فيثبت شرا الاخر سابقا عليه من زمان التاريخ لا محالة **قوله** بصادمه اي تزاحمه
قوله قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد
اولي اي قال القدوري في مختصره وقال ابن ابي ليلى الخارج اولي كذا في شرح الاقطع قال شيخ
الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يد رجل فادعى رجل
انها دابته نتجها عنده واقام البينة على ذلك واقام الذي هي في يديه البينة انها
دابته نتجها عنده فانه يقضى بها للذي هي في يديه اخذ في هذا بالسنة والقياس ان لا يقضى
بواحد منهما لانهما تعارضا في الاثبات وليس احدهما باولي من الاخر لكنا تركنا القياس بالسنة
وهو ما روى محمد عن ابي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل
واقام البينة انها ناقته نتجها عنده واقام الذي هي في يديه البينة انها ناقته نتجها فقضى
بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي في يديه قال الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله
بن محمد قال حدثنا ابو معاوية عن داود بن ابي هند عن الشعبي عن شريح قال اختصم اليه قوم
في مهر فاقام هولا البينة انه مهرهم نتجوه واقام هولا البينة انه مهرهم نتجوه وهو في يد احدهما
فقضى به شريح للذي هو في ايديهم وقال الاخرون اولي بالشبهة الى هنا لفظ الخصاف ومعنى
قوله اولي بالشبهة اي بضعف الحجة فكان الفقه فيه ان احدى البينتين عارضت
الثانية فبقيت اليد بلا معارض او يقال بان بينة صاحب اليد تايدت باليد واليد تصلح
... ويه ومن جهته فرجحت بينة صاحب اليد بحكم اليد وكذلك العبد والامة وقال شيخ الاسلام
ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه اختلف بعد هذا مشايخنا المتاخرون ان القضا لذي
اليد في باب النتاج قضا ترك ام قضا استحقاق فعلى قول عامة مشايخنا قضا استحقاق وعلى
قول عيسى بن ابان قضا ترك وفايدة هذا الاختلاف تظهر في حق الاستحقاق عندنا يقضى لذي
اليد قضا استحقاق ولا يستحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ذو اليد للخارج وذهب
في ذلك الى ان البينتين تهاترتا فبطلتا فكانهما لم يقيما البينة اصلا ولو لم يقم البينة
يقضى لذي اليد قضا ترك بعد ما يستحلف للخارج فكذلك هذا وانما قلنا بان البينتين تهاترتا
وذلك لان القاضي تيقن بكذب احدى الفريقين على وجه لا نجد لذلك محملا نطلق له
اذ الشهادة بالنتاج معاينة الولادة لا ظهار اليد فعلى قياس ما قال عيسى يجب ان لا
يقبل بينة الخارجين على النتاج ويجب ان لا يقبل بينة ذي اليد اذا قامت بعد
القضا للخارج كما في مسيلة كوفة ومكة متى قضى بشهادة احد الفريقين لا ينقض القضا
بشهادة الفريق الاخر فكذلك هذا وجه ما ذهب اليه علماونا ان القاضي لم يتيقن بكذب

احد الفريقين لانه يجد بشهادة كل فريق عملا مطلق له الشهادة بالنتاج بان عاين احد الفريقين الولادة في يد الغاصب ولم يعلموا بكونه غاصبا في الباطن وكانوا يرونه يتصرف في الدابة تصرف الملاك يحل لهم ان يشهدوا بالنتاج له والذين علموا الغصب يحل لهم ان يشهدوا للمغصوب منه او عاين احد الفريقين حقيقة الولادة من هذه الدابة وعاين الفريق الاخر ارتضاع هذه الدابة الاخرى والارتضاع من لبنهما فاذا وجد القاضي لشهادة كل فريق محملا مطلقا له ادا الشهادة لا يتيقن بكذب احد الفريقين فتقبل شهادتهما فكانت هذه الشهادة والشهادة بمطلق الملك سوا فكما لا يتهاتر البينتان ثمه فكذلك هنا ومتى لم تتهاترا كان قضا استحقاق لذي اليد لا قضا متركة بخلاف مسيلة كوفة ومكة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق لا طريق للاطلاق غير ذلك ولانه لا يتصور في يوم واحد بكوفة ومكة فكانت احديهما كاذبة لا يجد لذلك محملا فيها فتهاترت البينتان يقال نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتاجا ونتجها اهلها نتجا كذا في الصحاح **قوله** ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه اي لو احد كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل على حدة واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند بايعه صار اقامة البينة على النتاج عند بايعه كاقامة البينة عليه عند نفسه فكان ذو اليد اولى وقد ذكر هذه المسيلة تفريعا على ما تقدم **قوله** ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى وهذا ايضا تفريع وذلك لان دعوى النتاج دعوى اولية الملك ولا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته **قوله** وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى وهذا ايضا تفريع على مسيلة القدوري وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان بينته على اولية الملك هذا اذا ادعى احدهما الملك والاخر النتاج اما اذا ادعى الخارجان فاقام كل واحد منهما البينة انها دابته نتجها عنده فانه يقضي بها بينهما نصفين لان فقد المرجح في حق كل واحد منهما فيعمل بهما بقدر الامكان فان وقت بينته احدهما ولم يوقت بينة الاخر وهي مشكل فهي بينهما نصفان لانه لا يتكرر فصار التوقيت وعدمه سوا وان وقتا وقتين فان كان سنها على احد الوقتين قضيت بها لصاحبه لانه ظهر كذب الثانية وان كانت على غير الوقتين او كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كما لو لم يوقت وفي رواية ابي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما فلا يقضي بهما كذا ذكر شيخ الاسلام علا الدين ابو الحسن علي بن محمد المعروف بالاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج تقضى له الا ان يعيدها ذو اليد وذكر هذا ايضا تفريعا وذكر في الاصل اذا تنازعا شاة واقام كل واحد منهما بينة على النتاج قضى بها لصاحب اليد فجا اخر وادعى انه نتجت في ملكه واقام بينة على ذلك فهي له الا ان يعيد صاحب اليد البينة وذلك لان الثالث لم يكن مقضيا عليه ببينة ذي اليد فيسمع بينة الثالث فيكون اولى الا اذا اعاد ذو اليد البينة على النتاج على الثالث فيترجح بينته باليد **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضا وذكر هذا تفريعا وهذا كما اذا ادعى الخارج وذو اليد الملك فاقام البينة فقضي بها

للخارج ثم ان ذا اليد اقام البينة على النتاج تقبل لانه نص على اولية الملك فينقض القضا الاول **قوله** وكذا النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى يعني اذا اقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد اولى لان ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر وكذلك حلب اللبن فاذا اقام كل واحد منهما البينة ان هذا اللبن حلب في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بان اقام كل واحد منهما البينة انه الجبن صنعه في ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمرعزى انه صنعه في ملكه وكذلك الصوف اذا اقام كل واحد منهما البينة انه صوف جزه من غنمه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك كان ذو اليد اولى وان كان يتكرر نسجه كثوب الخز يقضى به للخارج وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة وان اشكل عليهم ايضا اختلف الرواية وتمام البيان ما قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه هذا اذا تنازعا في ملك عين بسبب النتاج فاما اذا تنازعا في ملك عين بسبب النسج كان ادعى الخارج ان هذا الثوب نسجه واقام عليه البينة وذو اليد ادعى كذلك واقام عليه البينة فهذه المسيلة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون الثوب ثوبا يعلم يقينا انه لا يتكرر نسجه ولا يثنى كالثوب المتخذ من غزل القطن والابريسم او ثوبا يتكرر بيقين كالثوب المنسوج من الصوف والشعر والوبر او كان مشكلا بين ان يتكرر وبين ان لا يتكرر فان كان ما وقع فيه التنازع ثوبا علم يقينا انه لا يتكرر نسجه كان الجواب فيه كالجواب فيما لو ادعيا النتاج لان كل واحد منهما ادعى في الثوب اولية الملك بمعنى لا يتكرر ولا يثنى فكان كدعوى النتاج وان كان يعلم يقينا انه يتكرر لم يكن بمعنى النتاج فكان بمنزلة ما لو ادعيا ملكا مطلقا في الثوب واقام البينة في مطلق الملك يقضى للخارج لانه يجوز ان يكون متملكا على ذي اليد بان غصب من ذي اليد ونقضه ونسجه مرة اخرى فكان بمعنى دعوى ملك مطلق من هذا الوجه وان كان مشكلا بان اشكل على القاضي فانه يرجع في ذلك الى اهل الصنعة لقوله عز وجل فاسيلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان قالوا من قبيل ما يتكرر نسجه يقضى للخارج وان قالوا من قبيل ما لا يتكرر نسجه يقضى لذي اليد وان اختلفوا في ذلك حتى بقي مشكلا على القاضي اختلف الرواية في هذا الفصل ذكر في رواية ابي سليمان انه يقضى لذي اليد والحقه بما لا يتكرر نسجه بيقين وذكر في رواية ابي حفص انه يقضى للخارج والحقه بما يتكرر نسجه بيقين وجه ما ذكر في رواية ابي سليمان وهو ان يد ذي اليد ثابت على الثوب بيقين ووقع الشك في نقضه فلا ننقضه بالشك قياسا على ما لو وقع هذا الاشكال في النتاج بان ارخا وسن الدابة مشكل يجوز ان يكون موافقا لوقت كل واحد منهما ويجوز ان يكون مخالفا يقضى لذي اليد لانه وقع الشك في نقض يده والدليل عليه ما لو ادعيا الشرا من واحد والشي في يد احدهما وارخ الخارج فانه يقضى لذي اليد لان يده ثابت بيقين فلم يجز نقضه بالشك ووجه ما ذكر في رواية ابي حفص ان القياس ان يكون البينة بينة الخارج في النتاج لانها اكثر اثباتا فانه يستحق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يستحق شيئا على الخارج الا انا تركنا القياس بالنص والنص ورد في النتاج فما كان بمعنى النتاج من كل وجه يلحق به ويكون النص الوارد في النتاج واردا فيه دلالة وما لم يكن

بمعنى النتاج من وجه دون وجه لا يلحق به فيرد الى ما يقتضيه القياس قوله والمرعزى
الزغب الذي تحت شعر العنز وكذلك المرعزا اذا خففت مددت وان شددت قصرت
وان شئت فتحت الميم وقد تحذف الالف فيقال مرعز كذا ذكره الجوهري وقال ابو علي اسماعيل
بن القاسم بن عيذون صاحب الاخفش في كتاب المقصور والممدود في باب ما جاء من
المقصور على مثال مفعلى اسما ولم يات صفة المرعزى معروف ولم يجى منه غير هذا الحرف
قوله وهو مثل الخز اي السبب المتكرر في الملك كالخز فانه ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى
ثم ينسج والخز اسم دابة في الاصل ثم سمي الثوب المتخذة من وبره خزا كذا قال صاحب
المغرب وكذلك الغرس وزراعة الحبوب يتكرر فانه يغرس في موضع ثم يقلع ويغرس
ثانيا وكذلك الحبوب تزرع ثم تغربل فتزرع مرة اخرى قوله والعدول عنه بخبر النتاج
يعني ان القضا ببينة الخارج هو الاصل لانه القياس لكنا تركنا القياس بالخبر وهو خبر
النتاج وهو حديث جابر الذي بيناه قبل هذا فاذا اشكل حال الثوب لم يكن الحاقه
بالنتاج فرد الى الاصل وهو القياس فيقضى للخارج وفي بعض النسخ بخبر النتاج بضم الخا
وتسكين البا يعني انما عدلنا عن الاصل وهو القياس بعلم النتاج ومعرفته فاذا اشكل امر
الثوب ولم يعلم لم يمكن الحاقه بالنتاج لانه ليس في معناه فرجعنا الى الاصل وهو القضا
للخارج قوله قال فان اقام الخارج البينة على الملك فاقام صاحب اليد البينة على الشرا
منه كان صاحب اليد اولى اي قال القدوري في مختصره وذلك لان دعوى الملك
المطلق يدل على اولية الملك فيقتضي ان يكون الملك للخارج اولا والشرا منه يقتضي تلقي
الملك منه ابتدا لان الشرا امر حادث ولا تنافي بين الامرين فيقضى ببينة ذي اليد
لانه اذا اقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق كان بينة الخارج اولى عندنا من
بينة ذي اليد خلافا للشافعي رحمه الله لانه اكثر اثباتا والمسئلة معروفة في طريقة الخلاف
قوله قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد اي قال القدوري في مختصره اي ادعى الخارج انه
اشترى من ذي اليد وادعى ذو اليد انه اشترى من الخارج واقاما البينة على ذلك
تهاترت البينتان عندهما اي تساقطت خلافا لمحمد قال شيخ الاسلام خواهرزاده في
مبسوطه اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه كدار في يد رجل جاء
رجل وادعى انه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى ذو اليد انه
اشتراها من الخارج بخمسماية درهم ونقده الثمن واقاما جميعا البينة على ما ادعيا
فهذا لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ
احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما احدهما اسبق فان لم يورخا او ارخا وتاريخهما
على السوا او ارخ احدهما دون الاخر فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف تتهاتر البينتان
وتترك الدار في يد ذي اليد قضا ترك لا قضا استحقاق سوا شهد الشهود بالشرا والقبض
جميعا او شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض وعند محمد يقبل البينتان جميعا ويقضى
بعقدين الا انهم ان شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فان شرا ذي اليد يقدم
على شرا الخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى اولا من الخارج وقبض ثم باع من الخارج
ولم يسلم اليه فيومر بالتسليم الى الخارج وان شهدوا بالقبض والشرا جميعا فانه يقدم

شرا الخارج على شرا ذي اليد كان الخارج اشترى اولا من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد
بعد ذلك وسلم اليه فيقضى لذي اليد بشرا من الخارج نص على هذا الفصل في الجامع الكبير يعني
في البيوع في الباب الذي يلقب بالباب الطويل فاما محمد ذهب في ذلك الى ان البينتان
حجج فيجب العمل بهما ما امكن وانما يمكن العمل بالبينتين اذا تقدم احد الشرايين بعينه على
الاخر الا ترى ان الشهود لو ارخوا وتاريخ احدهما اسبق حتى ثبت تقدم احد الشرايين
بعينه على الاخر فانه يقضى بعقدين وهنا احد الشرايين بعينه تقدم على الاخر من
حيث الحكم والمعنى فيجب العمل بالبينتين كما لو ثبت تقدم احدهما بعينه على الاخر
حقيقة بالتاريخ اما اذا شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فلان الثابت لذي اليد
شرا مع القبض معاينة والثابت للخارج شرا من غير قبض فان الشهود شهدوا له بمجرد
الشرا ولم يشهدوا له بالقبض ولم يثبت القبض معاينة والشرا مع القبض اكد من الشرا
من غير قبض فاعتبر شراه سابقا على شرا الخارج بسبب الوكادة فانه لو لم يكن شراه
سابقا لم يمكن من قبضه واذا ثبت تقدم شرا ذي اليد من حيث الحكم والمعنى كان بمنزلة
ما لو ثبت ذلك حقيقة بالتاريخ ولو ثبت حقيقة بالتاريخ وجب القضا بالعقدين فكذلك
هذا وان شهدوا بالشرا والقبض جميعا تقدم شرا الخارج فان الانقضا يدل على السبق والقيام
على التاخر فاعتبر شرا الخارج سابقا على شرا ذي اليد بضرب من المعنى فكان بمنزلة ما لو
ثبت حقيقة بالتاريخ وليس كالاقرار فانه تتهاتر البينتان اذا لم يورخا وادعى كل واحد
منهما الاقرار من جهة صاحبه لانه لم يمكن اثبات السبق لاحد الاقرارين بعينه لا
بالتاريخ ولا من حيث المعنى اما من حيث التاريخ فلا اشكال فانهم لم يشهدوا بالتاريخ واما
من حيث المعنى بالقبض بان يجعل الاقرار لذي اليد سابقا بحكم القبض فلان الاقرار لا
يتاكد بالقبض حتى يجعل القبض دليل السبق من حيث المعنى ولهذا قالوا لو ادعيا الاقرار
من جهة ثالث والشي في يد احدهما واقاما البينة فانه يقضى بينهما نصفين ولا
يترجح ذو اليد بالقبض واذا لم يعتبر اليد دليل السبق في باب الاقرار لم تثبت سبق
احدهما على الاخر بعينه لا من حيث الحقيقة ولا من حيث المعنى فيجعل كانهما وقعا معا
كما في الغرقى والحرقى ولو وقعا معا بطلا وطالما لم يمكن اثبات السبق لاحدهما
بعينه لم يمكن العمل بالبينتين فتهاترتا واما اثبات السبق لاحد الشرايين بسبب
القبض ممكن على الاخر من حيث المعنى فامكن العمل بالبينتين فوجب العمل بهما واما
ابو حنيفة وابو يوسف ذهبا في ذلك الى ان الشرايين قد ظهرا وجهل التاريخ
بينهما فيجعل كانهما وقعا معا كما لو ادعيا الشرا من ثالث واقاما البينة لم يورخا
او ارخا وتاريخهما على السوا جعل كانهما وقعا معا الا انهما لو وقعا معا حقيقة صحا
ولم يبطل فكذا اذا اعتبرا واقعين حكما وهنا لو وقعا معا حقيقة بطل بان قال احدهما
بعت منك وقال الاخر بعت منك وخرج الكلامان معا بطلا وكذلك اذا ارخ احدهما
لانه لا عبرة للتاريخ احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول متى ادعى كل واحد
منهما الشرا من رجل اخر غير الذي ادعاه صاحبه واذا لم يكن لتاريخ احدهما عبرة
صار التاريخ وعدمه بمنزلة فيجعل كانهما وقعا معا كما في الاقرارين فاما اذا وقتا ووقت
احدهما اسبق بان ارخ احدهما منذ شهرين والاخر منذ شهر فهذا على وجهين اما ان

يكون اسبقهما تاريخا هو الخارج او ذا اليد فان كان الخارج فهو على وجهين اما ان شهد الشهود بالقبض والشرا جميعا او شهدوا بالشرا دون القبض فان شهدوا بالشرا والقبض جميعا فانه يقضى بالعقدين جميعا حتى لو كان الثمنان من جنس واحد ولم ينقدا تقاصا لانه يقضى بالدار لاخرهما تاريخا اما القضا بالعقدين فلانه امكن ذلك لانه يثبت تقدم شرا الخارج على شرا ذي اليد بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاينا ان الخارج اشترى اولا وقبض ثم باع من ذي اليد وسلم اليه كنا نقضي بالعقدين ونقضي بالدار لاخرهما تاريخا وهو ذو اليد فكذا اذا ثبت هذا بالبينة وان شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فانه يقضى بالدار لذي اليد عندهم جميعا بعلتين مختلفتين وهل نقضي بالعقدين على قول ابي حنيفة وابي يوسف يقضى وعلى قول محمد لا يقضى وذلك لان تقدم شرا الخارج ثبت على شرا ذي اليد بالبينة ولم يثبت قبض الخارج والثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين القاضي ان الخارج اشترى اولا ولم يقبض ثم باع بعد ذلك من ذي اليد قبل القبض صح العقدان جميعا شرا الخارج وشرا ذي اليد بعده قبل التسليم الى الخارج لان بيع العقار قبل القبض جايز فكذا اذا ثبت بالبينة واذا ثبت شرا ذي اليد اخرا قضى بالدار له عندهما ويقضى بالعقدين حتى لو كان الثمنان من جنس واحد ولم ينقد الثمن تقاصا وعند محمد القضا بالعقدين متعذر كما لو ثبت معاينة فانا لو عاينا ان الخارج اشترى اولا من ذي اليد فقبل ان يقبض ما اشترى من ذي اليد باع بعد ذلك من ذي اليد لا يصح لان من مذهبه ان بيع المشترى قبل القبض لا يجوز عقارا كان او منقولا فكان القضا بالعقدين متعذرا على مذهبه حتى لو كان الثمنان من جنس واحد ولم ينقدا لا يقع مقاصة ولكن يقضى بالدار لذي اليد بحكم الفسخ لانه لما تعذر تصحيحه بيعا من ذي اليد قبل القبض يجعل فسخا لا واقالة كما لو وهب المشتري المبيع من البايع قبل القبض والمبيع نقلي يجعل اقالة لما تعذر تصحيحه هبة فكذلك هذا الخارج لما باع ما اشترى من بايعه قبل القبض ولم يمكن تصحيحه بيعا يعتبر اقالة فيصير الدار لذي اليد بحكم الاقالة وما ذكر في الكتب ان المشتري اذا باع المبيع من البايع قبل القبض لا يجوز فذاك قولهما فاما على قول محمد يكون اقالة فاما اذا كان اسبقهما ذا اليد فانه يقضى للخارج ويقضى بالعقدين عندهم جميعا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا بالقبض فلانه يثبت سبق شرا ذي اليد على شرا الخارج وقبضه بالبينة العادلة والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ولو عاين القاضي ان ذا اليد اشترى اولا وقبض ثم باع من الخارج وسلم اليه ولان شراه في يد ذي اليد كنا نقضي بعقدين ونرده على الخارج كذا هنا وان لم يشهدوا بالقبض فانه يقضى بعقدين ويقضى بالدار للخارج في قولهم جميعا اما القضا بعقدين فلانه يثبت سبق شرا ذي اليد بعينه على شرا الخارج بالبينة وثبت قبضه معاينة وثبت شرا الخارج بعد ذلك من غير قبض بالبينة ولو ثبت الامر له معاينة صح العقدان فانه لو اشترى ذو اليد اولا وقبض ثم باع من الخارج ولم يسلم يقضي بعقدين ويؤمر بالتسليم الى الخارج عندهم جميعا فكذا اذا ثبت بالبينة كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه في باب الدعوى في الشرا والصدقة والوقف في ذلك وباقي التفريع يعلم في باب الطويل من بيوع الجامع الكبير قوله ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار

منه بالملك للبايع فصار كانهما قامتا على الاقرارين يعني ان دخول كل واحد منهما في البيع اقرار منه بالملك لبايعه فصار كان كل واحد منهما اقام البينة على اقرار الاخر له ولو اقاموا البينة على الاقرار تهاترت البينتان كذلك هذا او يبقى الشي في يد الذي هو في يديه كذا في شرح الاقطع قوله ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب انما كان معتبرا للحكم يعتبر والا فلا وهنا السبب وهو شرا كل واحد منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك لان القضا بالملك لاحدهما لا يمكن الا على وجه يستحق الملك عليه صاحبه فبقي مجرد السبب بلا حكم فلا يعتبر اثباته فتهاترت البينتان قوله فان لم يشهدوا على نقد الثمن فالتهاتر مذهب محمد للوجوب عنده اي لوجوب الثمن عند محمد لان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عنده على مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب قوله ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول اي لو شهد فريقا شهود الخارج وذي اليد تهاترتا بالاجماع على اختلاف التخريج اما عندهما فباعتبار ان دعوى كل واحد منهما اقرار بالملك لصاحبه ولو اثبتوا اقرار كل واحد منهما تهاترت البينتان فكذلك هذا وعند محمد باعتبار انهم لما اثبتوا البيع والقبض كل واحد منهما كان بيعهما جايزا وليس احدهما باولى من الاخر فتساقطا للتعارض فبقي العين في يد صاحب اليد كما كانت فصار كانهم لم يشهدوا وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن بخلاف الاول وهو ما اذا لم يشهدوا بالقبض حيث يقضي بالبينتين ويكون للخارج عنده لان الجمع بين البينتين ممكن لانا لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقا قوله وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما وانما قيد بالعقار لبيان الخلاف المذكور وانما يقضى لصاحب اليد عندهما لان بيع العقار قبل القبض يصح عندهما فيجعل كان الخارج اشترى ثم باع من ذي اليد قبل القبض وعند محمد يقضى للخارج لان بيع العقار قبل القبض لا يصح عنده كالمنقول فيجعل كان ذا اليد اشترى ثم باع ولم يسلم قوله وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد اي بالاتفاق يعني في العقار فيجعل كان الخارج اشترى وقبض ثم باع من ذي اليد على القولين اي على قولهما وعلى قول محمد قوله وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين اي فيما اذا شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا به ووجهه ان شرا ذي اليد وقبضه يجعل سابقا ثم يجعل كانه باع ولم يسلم او باع وسلم الى الخارج ثم وصل الى ذي اليد بسبب اخر قوله قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سوا اي قال القدوري في مختصره يعني لا يترجح احد المدعيين على الاخر بزيادة العدد في بينته قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قال الشافعي رحمه الله يثبت الرجحان بزيادة العدد في الشهود وبزيادة العدالة وهو قول مالك والاصل ان الترجيح لا يقع بكثرة العلل لان كل علة صالحة لنصب الحكم ابتدا ولا يترجح نفس العلة على علة اخرى الا اذا كانت في احدهما وصف زايد وهو القوة فيها دون الاخرى وكل شاهدين من الاربعة يصلحان ان يكونا علة فلا يترجحان بانضمام شاهدين اخرين اليهما الا ترى الى ما قال شمس الايمة السرخسي في اصوله في باب الترجيح ان ما يصلح علة للحكم ابتدا لا يصلح للترجيح به انما يكون الترجيح بما لا يصلح علة موجبة للحكم ويتاتى ذلك في الشهادات فان احد المدعيين لو اقام شاهدين واقام الاخر اربعة من الشهود لم يترجح الذي شهد له الاربعة لان زيادة الشاهدين في حقه علة تامة للحكم فلا يصلح مرجحا للحكم في جانبه فكذلك

زيادة شاهد واحد لاحد المدعيين لانه من جنس ما يقوم به الحجة فلا يقع به الترجيح اصلا وانما يقع
الترجيح بما يتقوى ركن الحجة او يتقوى معنى الصدق في الشهادة وذلك في ان تعارض شهادة
المستور مع شهادة العدل بان اقام احد المدعيين مستورين والاخر عدلين فانه يترجح
الذي شهد له العدلان بظهور ما يوكد معنى الصدق في شهادة شهوده وكذلك في النسب
او النكاح لو ترجح حجة احد الخصمين باتصال القضاء بها لان ذلك مما يوكد ركن الحجة فان
بقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ويتعين على جانب الصدق وعلى هذا قلنا في العلتين
اذا تعارضتا لا يترجح احديهما بانضمام علة اخرى اليها وانما يترجح بقوة الاثر فيه بتاكد
ما هو الركن في صحة العلة وكذلك الخبران اذا تعارضا لا يترجح احدهما على الاخر بخبر اخر بل بما
به يتاكد معنى الحجة فيه وهو الاتصال برسول الله عليه السلام حتى ترجح المشهور بكثرة رواته
على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ويترجح
بفقه الراوي وحسن ضبطه واتقانه لانه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله صلى الله عليه
وسلم على الوجه الذي وصل الينا بالنقل وكذلك الايتان اذا وقعت المعارضة بينهما لا
يترجح احدهما باية اخرى بل يترجح بقوة في معنى الحجة وهو انه نص مفسر والاخر مؤول
وكذلك لا يترجح احد الخبرين بالقياس فعرفنا ان ما يقع به الترجيح هو لا يصلح علة للحكم ابتدا بل
ما يكون مقوما لما به صارت العلة موجبة للحكم والى هذا اشار في المتن بقوله على ما عرف
اي في اصول الفقه قوله قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها
والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها
عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد هي بينهما اثلاثا
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا كانت الدار في يد رجل ثالث ان لم تقم لهما
بينة فانه يحلف ذو اليد فاذا حلف تركت الدار في يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكانهما
لم يدعيا وان اقاما البينة فبينة كل واحد منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد
منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد واذا سمعت بينة
كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند ابي حنيفة على طريق المنازعة ارباعا اصله
من سهمين لحاجتك الى النصف فمدعي الجميع يدعي الجميع ومدعي النصف لا يدعي الا سهما
فتفرد مدعي الجميع بدعوى سهم فيكون له بلا منازعة فبقي سهم استوت منازعتهما
فيه فيكون بينهما فينكسر فتضعف فتصير اربعة وان شئت قلت انا نحتاج الى
حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح واقل ذلك اربعة اسهم فاصل الدار على اربعة
اسهم فنقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ويدعيه صاحب
الجميع فيكون له نصف الدار فبقي النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه فيصير
بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم فقد حصل لمدعي الجميع سهمان بلا منازعة وسهم مع
المنازعة وذلك ثلثة ارباع الدار فكان له ثلثة اسهم ولمدعي النصف سهم وعلى
قولهما يقسم على طريق العول والمضاربة فيضرب مدعي الجميع بالكل والاخر بالنصف فاجعل
الدار على سهمين لحاجتك الى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل وذلك سهمان ومدعي
النصف بالنصف وذلك سهم فتصير الدار بينهما على ثلثة اسهم ثلثا الدار لمدعي الجميع
والثلث لمدعي النصف والله اعلم والباب مبني على اصول احدها ان التساوي في سبب

الاستحقاق

الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق كالبنتين في الميراث واصل اخر وهو ان بينة
صاحب اليد والخارج اذا تعارضا في الملك المطلق كان الخارج اولى واصل اخر ان عند ابي حنيفة ان من يد
لي بسبب صحيح يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرما الميت
اذا ضاقت التركة عن ديونه وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما نصيبه حال
المزاحمة وذلك مثل مسيلنا ومثل موصى له باكثر من الثلث وقال ابو يوسف ومحمد
يضرب كل واحد بجميع ذلك كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغيره على
قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه فهو سبب
صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه ليس بسبب صحيح وجه قول ابي حنيفة
ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من السبب الذي يتعلق
به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة والوصية اللتين لا يتعلق الاستحقاق بعقدهما اضعف
من البيع الذي يتعلق الاستحقاق بعقده فلو سوينا بينهما في المضاربة لسوينا بين السبب
الضعيف والقوي وهذا لا يصح ووجه قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما يدعيه
فاذا تزاحما ضرب بما يدعيه كاصحاب العول واصل اخر ان من كان في يده شي من الدار
فاقام البينة على استحقاق سهام منها فبينته تنصرف الى ما في يده فان فضل عما في يده كان
عما في يد صاحبه لانه لو لم يكن كذلك لصار متمسكا لما في يده بغصب من غير حق والواجب
حمل امر المسلم على الصحة ما امكن فاذا ثبت هذه الاصول قلنا كل واحد من المتداعيين لا يد
لي بسبب صحيح الا ترى ان الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار
او بينة او حكم حاكم واذا كان كذلك انقسمت الدار عنده بالمنازعة على الدعاوي فنقول
مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل
واحد منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع
ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى قولهما يضرب كل واحد منهما بجميع دعواه
لان الاسباب كلها سواء عندهما فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب
بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا كذا في شرح الاقطع
وغيره وقال في شرح الطحاوي وصورة المنازعة ان كل جزء فرغ من دعوى قوم سلم للاخر
بلا منازعة فههنا صاحب النصف لا يدعي النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب
الجميع والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فيقضي بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة
ارباعها ولصاحب النصف الربع وصورة العول ان يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع
السهام كلها ويقسم العين على مبلغ السهام فههنا صاحب الجميع يدعي الجميع وصاحب النصف
يدعي النصف فيحتاج الى حساب له نصف واقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعي
سهمين وصاحب النصف يدعي سهما فيقسم بينهما على ذلك واجمعوا ان
المنازعة اذا وقعت في الاعيان الثلاثة فانه يقسم على طريق المنازعة وهو انه لو
كان ثلاثة اعبد في يد رجل فجا ثلاثة نفر احدهم يدعي الجميع والاخر يدعي اثنين بعينهما
والاخر يدعي واحدا بعينه كان العبد الثالث لمدعي الجميع بلا منازعة والعبد الثاني
بين مدعي الجميع وبين مدعي الاثنين نصفين والعبد الثالث بينهم اثلاثا كذلك اذا

وقعت المنازعة في اجزا العين عند ابي حنيفة وفي الميراث يقسم على طريق العول بالاجماع كما في
امراة ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام واختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وام
النصف وللاخت من الاب السدس تكملة للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت
في الاصل من ستة وكذلك ههنا على قولهما والاصل عند ابي حنيفة انه متى وجب الضرب
في العين لنفسه يقسم على طريق المنازعة على ما ذكرنا في هذه المسيلة ومتى وجب الضرب
في العين لغيره يقسم على العول كالميراث كرجل مات وترك الفا ولرجل عليه الف درهم
وللاخر عليه خمسماية فالالف بينهم اثلاثا على طريق العول لان حقهم كان في الذمة
ثم انتقل الى العين قوله يضرب بكل حقه سهمين اي ياخذ بحسب كل حقه سهمين
قوله ولهذه المسيلة نظاير واضداد اي للمسيلة المذكورة اشباه اي حكم فيها ابو حنيفة
بالمنازعة كما في هذه المسيلة وهما حكما بالعول كما في هذه واضداد اي حكم فيها ابو حنيفة
بالعول وصاحباه بالمنازعة فمن النظاير الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة
الورثة والموصى له بجميع العين مع الموصى له بنصف تلك العين ومن الاضداد وما
نقل الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن كتاب الماذون على ضد هذا الاختلاف
ان على قول ابي حنيفة يقسم على طريق العول وعندهما يقسم على طريق المنازعة وهو
ان عبدا بين رجلين اذنا له في التجارة فادانه احدهما ماية درهم واجنبي ماية درهم
فان دين الاجنبي يثبت كله ودين المولى يثبت نصف الذي يصيب نصيب
شريكه ولا يثبت النصف الذي لاقى نصيب نفسه فبعد ذلك اذا بيع العبد
بماية او مات وترك من كسبه ماية درهم او قتل فاخذت قيمته ماية درهم
فان هذه الماية تقسم بين المولى الذي ادانه ومن الاجنبي اثلاثا على طريق العول
عند ابي حنيفة وعلى طريق المنازعة عندهما ارباعا ومسيله ذكرها في كتاب الزيادات على ضد هذا
الاختلاف الذي في كتاب الدعوى وهي ان المدبر اذا قتل رجلا عمدا وله ابنان وقتل اخر خطا
فعفا احد وليي العمد انقلب نصيب الاخر مالا له نصف الدية خمسة الاف ولصاحب الخطا كان
الدية عشرة الاف فالمولى يغرم قيمة واحدة لانه لا يمكن دفع المدبر ولكن تلك القيمة تقسم
بين ولي العمد والخطا اثلاثا عند ابي حنيفة على العول وقاس هذا على ما لو قتل المدبر عين
رجل خطا وقتل اخر خطا فان المولى يغرم القيمة بينهما اثلاثا كذلك ههنا وعلى قولهما ارباعا على
طريق المنازعة وكذلك هنا في عبد قتل رجلا عمدا وله ابنان وقتل اخر خطا فعفا ولي العمد
وانقلب نصيب الاخر مالا فله نصف الدية خمسة الاف ولصاحب الخطا كان الدية عشرة
الاف فدفع المولى العبد اليهما عند ابي حنيفة يقسم اثلاثا وعندهما ارباعا ولو فدى فدى
جميع حقهما بالاجماع والباقي يعلم في شرح الزيادات في باب جناية ام الولد على مولاها
عمدا قوله ولو كانت الدار في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضا ونصفها
لا على وجه القضا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الدار في ايديهما واليد من اسباب
الاستحقاق والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فصار
في يد كل واحد منهما النصف ثم دعوى مدعي النصف ينصرف الى النصف الذي في
يده دون النصف الاخر لانه لو لم يكن كذلك يلزم ان يكون غاصبا في امساكه النصف
الذي في يده وامور المسلم يجب حملها على الصلاح ما امكن وقد اقام الخارج وذو اليد البينة

على ذلك النصف فكان الخارج اولى وهو مدعي الكل والنصف الذي في يد مدعي الجميع سالم له
لا على طريق القضا لانه لا منازع له فيه فان لم يكن لهما بينة فانه يحلف مدعي النصف لمدعي الجميع
ولا يحلف مدعي الجميع لمدعي النصف لان مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيئا مما في يد صاحب
الجميع وصاحب الجميع يدعي النصف الذي في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فان حلف
انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في ايديهما
نصفين فبعد الحلف كذلك قوله لانه خارج في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي
في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه
دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضا بدون الدعوى فيترك في يده اي لان صاحب الجميع وهو يدعي
الجميع خارج في النصف الذي في يد صاحبه فيقضي ببينة صاحب الجميع في ذلك النصف
والنصف الذي في يدي صاحب الجميع لا يدعي ذلك النصف صاحب صاحب الجميع وهو مدعي
النصف وانما لا يدعيه لان مدعاه النصف لا غير فلما كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب
الجميع عن المنازعة فسلم ذلك النصف له بلا قضا وهذا معنى قوله وهو في يده سالم له اي
والنصف الذي في يد صاحب الجميع سالم لصاحب الجميع ولو لم ينصرف اليه دعواه متعلق
بقوله لان دعواه النصف اي ولو لم ينصرف دعوى صاحب النصف الى النصف لا غير
كان بامساكه النصف الذي في يده ظالما غاصبا فاذا كان دعوى صاحب النصف منصرفا
الى النصف الذي في يده لم يوجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد
صاحب الجميع ولا قضا بلا دعوى فيترك في يده اي فيترك النصف الذي في يد صاحب الجميع
له لا على وجه القضا قوله قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها
نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اي قال القدوري
في مختصره وبيان المسيلة مر عند قوله وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج
اولى قوله وان اشكل ذلك كانت بينهما اي وان اشكل سن الدابة كانت الدابة بينهما
وسقط التوقيت لانه لا دلالة فيه فكانهما اقاما البينة على النتاج قوله وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان وكذا ذكره الحاكم قال في شرح الاقطع فان خالف سن
الدابة الوقتين قضي بها لصاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح ان تبطل البينتان وقال شيخ الاسلام
علاي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين او كانت
مشكلة قضيت بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كانهما لم يوقتا وفي رواية ابي الليث
الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما اي هنا لفظ
شيخ الاسلام المذكور قد مر مرة وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه
فان كان على غير الوقتين او كانت مشكلة فاني اقضي بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكرها
محمد ثم قال قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم جوابا لاحدى المسيلتين وهي قوله او كانت
مشكلة لانها متى كانت مشكلة يحتمل ان يكون سن الدابة مخالفا لوقت كل واحد منهما
وموافقا فلم يتيقن بكذب احد الفريقين وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضي بينهما
نصفين اما متى كان على غير الوقتين فانهما لا يقضي لهما بشي لان القاضي تيقن بكذب
شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا ثم
قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روى ابو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل

قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشيء
ويترك في يد ذي اليد قضا ترك فكانهما لم يقيما البينة ومنهم من يقول بان الالف في قوله او
كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكانه قال وان كان على غير الوقتين وكانت
مشكلة يقضي بينهما نصفين فيكون قوله وكانت مشكلا تفسيرا لقوله على غير الوقتين يعني
على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني يجوز ان يكون موافقا للوقتين
ويجوز ان يكون مخالفا فاما متى كان مخالفا للوقتين بيقين فانه لا يقضي لهما بشيء ويترك في
يد ذي اليد كما في حالة الانفراد اذا خالف سن الدابة الوقت فيحمل ما ذكر محمد في الكتاب على احد
هذين التاويلين كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه **قوله** واذا كان العبد في يد رجل
اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما وهذه من مسايل الجامع
الصغير ذكرها في كتاب القضا وذلك لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار
دعوى الوديعة والغصب سوا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في
نفس الاستحقاق والله اعلم **فصل** في التنازع بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك
بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوع الملك بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا
اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق
بلجامها فالراكب اولى اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الراكب له تصرف ظاهر
فصار كما لو تنازعا في الدار احدهما ساكنها والاخر اخذ بحلقة الباب ان الساكن اولى وكذلك
اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولى لان له يدا ظاهرة وتصرفا
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا جميعا راكبين احدهما في السرج والاخر خارج
السرج قضي بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن ابي يوسف انه قال نقضي بالدابة للراكب
في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر
المعلى رجلان على دابة احدهما راكب في السرج والاخر رديف فادعيا الدابة فهي للراكب السرج
فان كانا في السرج فهو بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس ان الدابة
في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله اذا كان احدهما راكبا في
السرج والاخر رديفه فالراكب اولى اي راكب السرج اولى من الرديف فذاك على رواية
النوادر **قوله** بخلاف ما اذا كانا راكبين اي في السرج **قوله** واذا تنازعا في قميص احدهما
لابسه وللاخر متعلق بكمه فاللابس اولى هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اللابس
اظهر تصرفا من المتعلق ولهذا يصير غاصبا باللبس دون التعلق **قوله** ولو تنازعا في
بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما قال صاحب الهداية معناه لا على
طريق القضا وانما ذكره تفريعا على مسيلة القدوري في مختصره وذلك لان الجلوس
على البساط لا يدل على اليد ولهذا لا يصير غاصبا به بخلاف الركوب على الدابة وكذا النوم
على البساط ليس بدليل على اليد وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا كله اذا لم يقم البينة فاذا
اقاما البينة فبينة الخارج اولى من بينة ذي اليد **قوله** قال واذا كان ثوب في
يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان اي قال في كتاب القضا من الجامع الصغير
وذلك لان احدهما لا يترجح بكثرة الاستمساك لان الزيادة من جنس الحجة فلا تصلح للترجيح كزيادة
الشهود في احد المدعيين الا ترى انهما لو تنازعا في دابة عليها حمل لكل واحد منهما وحمل احدهما

اكثر

اكثر كانت بينهما نصفين ولا يترجح صاحب الكثير فكذا ههنا **قوله** قال واذا كان الصبي في يد رجل
وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يكون في يديه الصبي الصغير فيقول هو عبدي فيسب الغلام فيقول انا حر قال
هو عبد للذي هو في يديه فان كان حيثيا يعبر عن نفسه او كان كبيرا وهو في يديه فقال هو عبدي فقال
لا بل انا حر فالقول قوله الذي ادعى انه حر هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير في كتاب القضا
وذلك لان الصغير بمنزلة الثوب والبهيمة فالقول فيه قول صاحب اليد فاذا كبر وادعى الحرية
لم ينقض الامر الثابت بظاهر اليد بغير حجة فاما اذا كان يعبر عن نفسه فهو صحيح القول فيما ينفعه كالاسلام
وقبول الهبة ودعوة الحرية تنفعه فتقبل فقوله وكذلك الكبير لانه في يد نفسه فلا سبيل لاحد عليه
ما لم يبين رقه فيكون القول قوله في دعوى الحرية والمراد من التعبير عن نفسه ان يتكلم
ويعقل ما يقول **قوله** ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يديه وصورة المسيلة في اصل الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يكون في يديه العبد الكبير فيقول انت
عبدي فيقول لا ولكن عبد فلان لانسان اخر فقال ذلك الانسان هو عبدي قال القول قول
الذي في يديه العبد وذلك لان العبد مقر بالرق ولكنه شاهد برقه لغير من هو في يديه وبيد
صاحب اليد لا يقطع الا بحجة وشهادة العبد باطلة وليست بحجة وكذلك اذا كان صغيرا
لكنه يعبر عن نفسه قال شمس الايمة السرخسي في اصول اخر فقهه وثبوت الرق هنا ليس
بعبارته بل بدعوى ذي اليد لان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدم
المعارضة يتقرر يده ويكون القول قوله في رقه بمنزلة الصبي الذي لا يعقل اذا كان في يده
قوله قال واذا كان الحايط لرجل عليه جذوع او متصل ببنايه وللاخر عليه هرادي فهو
الحايط لصاحب الجذوع وليست الهرادي بشي والهرادي جمع الهردية وهي قصبات
تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب لكن
صحح في الديوان الها والحا جميعا وقال في الصحاح الحردي من القصب نبطي معرب
ولا يقال الهردي ورايت في نسخة لغة عتيقة من نسخ مختصر الكرخي الحرادي بالحا
وقال صاحب الجمهرة في باب الحا والدال والرا ما الذي يسميه البصريون الحردي
من القصب فهو نبطي معرب وكذا قال صاحب الديوان ايضا الحردي واحد حرادي
القصب فعلى هذا يجوز ان يقال بالها والحا جميعا والرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد
بالحا وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالها لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان الحايط بين دارين فادعاه صاحب كل واحدة من الدارين
فان ابا حنيفة رحمه الله قال ان كان لاحدهما عليه جذوع وليس للاخر عليه جذوع فهو لصاحب
الجذوع لانه في يد صاحب الجذوع يعني بها اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع
لان الحايط ما بني الا له وصار كاثنين تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها يقضى
بها للراكب لانها في يده وللاخر بها نوع تعلق كذا ههنا فان كان له عليه هرادي او بواري
لم يستحق بها شيئا وكان الحايط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحايط استعمال مثله لانه
بني لوضع الجذوع والتسقيف عليه دون وضع الهرادي لكنه لا يؤمر برفع الهرادي
والبواري لان القضا وقع له بالحايط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون
ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحايط متصلا ببناء احدهما وللاخر عليه

جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحايط كان في يده وثبوت اليد على ما جاوزه وقرب لا يكون
يكون ثبوتا عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون احد طرفي الاجر في هذا الحايط والطرف
الاخر في الحايط الاخر حتى يصير في معنى حايط واحد وبنا واحد فيكون ثبوت اليد على
البعض ثبوتا على الكل فيكون الحايط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه
جذعه وكذلك اذا كان الحايط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحايط مركبة
بالخشبة التي في ذلك الحايط ولان اتصال التربيع ادل على سبق اليد من وضع الخشب
على الجدار لانه انما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حايطا فمتى عرفنا سبق يد احدهما
قضينا له به الا انه لا يومر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانا قضينا لصاحب الاتصال
والتربيع بالجدار بنا على الظاهر والظاهر تصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب
الجذوع حق وضع الجذوع لانا لم نتيقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون
الحايط مملوكا لغيره فلم يكن هذا من ضرورته فان لم يكن متصلا ببنا احدهما ولم يكن عليه
جذوع فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما يدعيه وليس احدهما باولى من الاخر فيقضى
بينهما **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع اي يسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه تفسير التربيع اذا كان الحايط من مدر او خزف
ان يكون انصاف لبن الحايط المتنازع فيه داخلا في غير المتنازع فيه وانصاف لبن
غير المتنازع فيه داخلا في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة
احدهما مركبا في الاخر واما اذا نقب وادخل لا يكون تربيعا **قوله** ولا معتبر بالاكثر منها
بعد الثلاثة قال في شرح الاقطع فان كان لهما جميعا عليه جذوع فهو بينهما نصفان سواء
كثرت جذوع احدهما وقلت بعد ان يكون لاحدهما عليه ثلاثة جذوع وذلك لانهما استويا
في كون الحمل لهما على الحايط فلا يعتبر بالزيادة اذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كما لو
تنازعا في بعير ولاحدهما عليه مائة رطل وللاخر خمسون انهما جميعا سوا كذلك هذا وان
كان لاحدهما عليه جذع واحد او اثنان وللاخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ولصاحب
ما دون الثلاثة موضع جذعه والحايط للاخر وهو رواية اصحاب الاملاء عن ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وذكر محمد رحمه الله في كتاب الاقرار ان الحايط
لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته بين حق
الوضع وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته والقياس
ان يكون بينهما نصفين ووجهه ان وضع الخشبة تصرف فهو بذلك في ايديهما
فلا معتبر بالقلة والكثرة كثوب تنازعه اثنان احدهما ممسك لطرفه والاخر
بالكثرة وانما تركوا القياس لان وضع الخشب اذا استحق به الحايط استحق صاحب
القليل بقدر خشبته وصاحب الكثير بقدر خشبه لثبوت يد كل واحد منهما
في ذلك المقدار الذي وضع عليه ووجه رواية كتاب الاقرار ان الخشبة
الكثير حمل مقصود لان الحايط يبنى له والخشبة الواحدة ليست بحمل مقصود
فصار كبعير تنازعه اثنان لاحدهما عليه حمل وللاخر اداوة الا ان على هذه
الرواية تترك خشبة الاخر بحالها لما قدمنا ان الظاهر يصلح للدفع لا لابطال
الثابت ثم اختلف اصحابنا المتاخرون على الرواية التي لكل واحد منهما ما تحت

خشبته

خشبته في حكم ما بين الخشب قال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه
فلم يكن احدهما باولى من الاخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد احدهما بيت منها
وفي يد الاخر بيتان ان الباقي بينهما نصفان كذلك ما بين الخشبة ومنهم من
قال يكون ذلك بينهما على قدر خشبة كل واحد منهما لان صاحب الخشب
الكثير مستعمل للحايط اكثر من استعمال الاخر فاعتبر مستعملا لما يلي الجذوع وهو المراد
من قوله وقيل على قدر خشبهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ولصاحب
الجذوع الثلاثة ثلاثة الاخماس **قوله** وللاخر موضع جذعه في رواية اي حق الوضع
وهو رواية كتاب الاقرار **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته
وهي رواية كتاب الدعوى والصلح كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
قوله ثم قيل ما بين الخشب بينهما اي نصفان بعني اختلف المشايخ على
رواية كتاب الدعوى والصلح في حكم ما بين الخشب قيل بينهما وقيل على قدر
خشبهما وقد مر آنفا **قوله** ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولى
وهنا نسختان احديهما هذه والاخرى لو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع
قيل النسخة الاخرى هي الصواب لانها الموافقة لما في الكتاب من المعنى لانه
اراد بقوله وجه الاول الاتصال فينبغي ان يكون ذكر الاتصال متقدما على
النسخة الاولى ينبغي ان يقال وجه الثاني مكان قوله وجه الاول لان الاتصال
هو الثاني فيها وكذلك اثبت في بعض النسخ ايضا قال في شرح الاقطع اذا
اختلفا في الحايط ولاحدهما اتصال به من احد جانبيه وللاخر عليه جذوع والاتصال
هو مداخلة اللبن بعضه في بعض فذكر في كتاب الدعوى ان صاحب الجذوع
اولى وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى وجه الرواية الاولى ان الجذوع
تصرف ظاهر والاتصال من جانب يد فصاحب التصرف اولى من صاحب
اليد كالمتنازع الدابة راكب عليها ومتعلق بلجامها وجه الرواية الاخرى ان الاتصال
يجعل الجميع كحايط واحد وقد حكمنا ببعضه لصاحب الدار فاستحق باقيه وكان الشيخ
ابو عبد الله الجرجاني يقول هذه الرواية هي الصحيحة فان كان لاحدهما اتصال تربيع
وهو ان يكون الحايط مداخلا بجانبيه للحايط المتنازع فيه فيصير الجميع بناء واحدا وهو
كالقبة والازج فاذا حكمنا له ببعضه حكمنا له بجميعه ويكون اولى من صاحب
الاجذاع واذا ثبت ان اتصال التربيع يستحق به الحايط تركت الجذوع على حالها
لان صاحب التربيع استحق الحايط بالظاهر فلا يجوز ان يستحق بذلك يد صاحب
الجذوع وليس يمتنع ان يكون الحايط في الاصل لاحدهما وللاخر عليه حق الوضع **قوله**
وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني اي كون صاحب الاتصال من جهة واحدة
اولى من صاحب الجذوع رواية الطحاوي وقال شيخنا ابو عبد الله الجرجاني هي الصحيحة
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان كان وجه الحايط الى احدهما وظهره
الى الاخر قال ابو حنيفة رحمه الله يقضى بالحايط بينهما ولا يقضى لمن اليه وجه
الحايط وقالا يقضى بالحايط لمن اليه وجه الحايط هذا اذا جعل الوقت البناء
حيث يبنى فاما اذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطيين فلا يستحق به الحايط

في قولهم جميعا وكذلك الاختلاف فيما اذا تنازعا في خص بين الكرمين والقمط الي احدهما
قال ابو حنيفة يقضي به بينهما وقالا يقضي به لمن اليه القمط ولو تنازعا في باب
مغلق علي حايط بين دارين والغلق الي احدهما قال ابو حنيفة يقضي بالباب
والغلق بينهما وقالا يقضي بالباب لمن اليها الغلق ولو كان للباب غلقان من
الجانبين جميعا تقضي بالباب بينهما بالاجماع كذا ذكر في كتاب الصلح من شرح
الطحاوي قوله واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت
فالساحة بينهما نصفان وهذه مسيلة الجامع الصغير وذلك لانهما استويا في
استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة ونحو ذلك لانها لم يكن في يد احدهما
دون الاخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيها صاحب الدار وصاحب
المنزل وصاحب البيت بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يحكم فيه بمقدار
الارض قال في شرح الطحاوي ولو كان العلو في يد احدهما والسفل في يد الاخر
والساحة في ايديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل واحد منهما يدعي الجميع
يترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة
لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور وفي رواية اخرى الساحة
بينهما نصفان وان اقاما البينة يقضي بالسفل لصاحب العلو وبالعلو
لصاحب السفل والساحة للذي تقضي له بالسفل علي الرواية التي قال الساحة
لصاحب السفل وعلي الرواية التي قال يكون بينهما يقضي بما في يد هذا الاخر
وبما في يد الاخر لهذا قوله قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد
منهما انها في يديه لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في
ايديهما اي قال في كتاب القضا من الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في ارض ادعاها رجلان كل واحد منهما
يدعي انها في يديه قال لا اقضي انها في يد واحد منهما الا ان يقيما البينة
انها في ايديهما وان اقام احدهما البينة انها في يده ولم يقم الاخر البينة جعلتها
في يد الذي اقام البينة انها في يديه وان ارادا قسمتها وقد اقاما البينة انها في ايديهما
لم اقسمها الا ان يقيما البينة انها لهما وكل شي كان في ايديهما سوى العقار زعما
انه لهما وارادا قسمته قسمته الي هنا لفظ محمد وانما لم يقض انها في يد
واحد منهما حتى يقيما البينة لان اليد في العقار لا تشاهد والقاضي لا يقضي بما
غاب عن علمه الا بحجة ولعل اليد لغيرهما وان اقام احدهما البينة انها في يده
وتجعل الاخر خارجا لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة انها في ايديهما
يقضي باليد لهما لاستوايهما في الحجة فان طلبا القسمة من القاضي فالقاضي لا يقسمها
مالم يقيما البينة علي الملك وكل شي في ايديهما سوى العقار اذا طلبا القسمة فان
القاضي يقسمه وان لم يقيما البينة علي الملك من المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول
ابي حنيفة اما علي قولهما في العقار ايضا يقسم وان لم يقيما البينة علي الملك
وجعل هذه المسيلة فرعا لمسيلة ذكرها في القسمة اذا طلب الورثة من القاضي
قسمة العقار بينهم فانه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة علي الميراث وعندهما

يقسم

يقسم من غير اقامة البينة فان كانت مشتراة بان قالا اشتريناها من فلان وطلبا القسمة
فانه يقسمها بينهم عند الكل في ظاهر الرواية وان لم يقيموا البينة فعند ابي حنيفة
رحمه الله اذا كان لا يقسم في الميراث بدون البينة وهذا العقار يحتمل ان يكون
موروثا بينهما ويحتمل ان يكون غير موروث لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم
بدون البينة فههنا اولى ومنهم من قال ما ذكر ههنا قول الكل فلا يقسم
لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ
والصيانة والعقار غير محتاجة الي الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان
في ايديهما شي سوى العقار يقسم من غير اقامة البينة لان ما سوى العقار يحتاج
الي الحفظ والصيانة قوله لما بينا اشارة الي قوله لقيام الحجة قوله وان كان احدهما
قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده وصورة المسيلة في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في ارض صحرا ادعاها رجلان
كل واحد منهما يدعي انها في يديه واحدهما لبن فيها او بنى وهو فيها او حفر
فيها او بنى فيها بيتا قال هي في يد الذي احدث فيها اللبن والحفر والبناء
وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات
اليد كالركوب علي الدواب واللبس في الثياب كذا ذكر فخر الاسلام واسماعيل
باب دعوى النسب لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان
دعوى النسب وقدم الاول لكونه اهم بكثرة وقوعه قوله قال واذا باع
جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم
باع فهو ابن للبايع وامه ام ولد له اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويفسخ البيع
ويرد الثمن والدعوة الي الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر هذا اكثر كلام
العرب الا ما عدي الرباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رايت
في امالي ثعلب وكذلك ذكر الجوهري ايضا ثم اعلم ان الدعوة علي ثلاثة اوجه
دعوة استيلاد ودعوة ملك ودعوة شبهة اما دعوة الاستيلاد فانها دعوة
ثابتة تنفذ في الملك وغير الملك بشرط ان يكون اصل العلوق في ملكه لان الحرية
تستند الي وقت العلوق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود
اذا كان محلا للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطي ودعوة الملك ان لا يكون
اصل العلوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير الملك لان الحرية
تقتصر علي وقت الدعوة ولا يوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود
ولا ينتظم الاعتراف بالوطي ودعوة شبهة الملك كدعوة الاب ولد جارية
ابنه وانما تصح بشرط ان يكون ملك الابن قايما في الجارية والولد من وقت
العلوق الي وقت الدعوة لان حق التملك يثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله
لانه لا ملك للاب حقيقة ولا حق ملك وانما له حق التملك عند الحاجة فصحت
دعوته بحق يثبت له في مال الابن مقتضى الدعوة سابق عليه ثم يستند الي
وقت العلوق كما في حقيقة الاستيلاد يثبت الملك له في مال ابنه سابقا علي
الاستيلاد تصحيحا له فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلوق الي

وقت الدعوة ليثبت له الحق في ماله تصحيحا لدعوته ثم اعلم ان البايع والمشتري اذا ادعي
ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او
لستة اشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع او جات به لاكثر من
سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك او لم يعلم فكل وجه من الاوجه الثلاثة على
اربعة اوجه اما ان ادعي البايع وحده او المشتري او هما جميعا معا او على التعاقب
فان جات بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك فادعاه البايع وكذبه المشتري
صح دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه
وينفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نقده وقال زفر لا تصح دعوته البايع اذا
كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي رحمه الله كذا ذكر خواهر زاده في
مبسوطه وذلك لان دعوة البايع الولد دعوى منه ابطال ملك المشتري فلا
تصدق عليه من غير تصديقه ولان اقدامه على البيع اعتراف بان الولد عبد
فصار مناقضا في دعوته ودعوى المناقض مردودة الا ترى انه لو اقر انه
كان اعتقها لا تصح وكذلك لو ادعي بعدما ادعاه المشتري او اعتقه المشتري او
جات بولد لستة اشهر فصاعدا وجه الاستحسان ان علوق الولد في ملك المدعي
بيقين بمنزلة البينة العادلة حكما في حق ثبات النسب وحرية الولد من الاصل
وصيرورة الجارية ام ولد له استدلالا بالاب اذا ادعى ولد جارية ابنه صح دعوته
وان كذبه الابن اذا علم العلوق في ملك الابن فهذا اولى لان الاب له شبهة
ملك في مال الابن وللبايع حقيقة ملك والتناقض معفو لمكان الخفا في
النسب واذا صح دعوة الاستيلاد يرد البيع لانها تستند الى وقت العلوق
فيظهر انها باع ام الولد وانه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف
ما اذا اعتق المشتري او ادعاه حيث لا يصح دعوة البايع بعد ذلك لان الاعتاق
والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعي البايع انه كان اعتقها او دبرها
لانه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لا حقيقة ولا حكما وفيما نحن فيه العلوق
في ملكه بيقين صار كالبينة حكما وان لم يوجد البينة حقيقة ولا يلزم ما اذا جات
بالولد لستة اشهر فصار عدم البينة لا حكما ولا حقيقة فاعتبر ذلك الدعوى محضا
غير الخبر فلم يعتبر هذا اذا ادعى البايع لا غير فان ادعى المشتري وحده صحت دعوته
لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ثمنه ولا على الولد حكم الولا لو اعتقه
والمشتري لا يصح منه التحرير فتصح منه دعوة التحرير فان ادعيا جميعا ان خرج
الكلامان معا فدعوة البايع اولى عندنا لانه سابق معنى فيعتبر بما لو كان سابقا
حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بان ادعى ولا ثم ادعى المشتري صح دعوة البايع
ولم تصح دعوة المشتري فكذا هذا وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلوق
ودعوة التحرير تقتصر على الحال وان سبق احدهما صاحبه فالسابق اولى وان كان
السابق هو البايع فلما ذكرنا وان كان هو المشتري فلان النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله
اذا جات بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك فان جات به لستة اشهر فصاعدا
ما بينها وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسيلة على وجوه اربعة فان

ادعاه

ادعاه البايع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشتري لان علوق الولد لم يتيقن في ملكه
صار دعوته ودعوة اجنبي اخر سوا الا ان الفرق بين البايع والاجنبي ان المشتري اذا صدق
الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبدا ولا تصير الجارية ام ولد لانه لم يثبت علوق
الولد في ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البايع يثبت النسب وتصير الجارية ام
ولد له وينتقض البيع لحصول العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته
لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه وفيما يحتمل العلوق اولى
ويجب ان يكون دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولا على الولد
لان العلوق في ملكه ممكن فان ادعيا معا او سبق احدهما صاحبه تصح دعوة
المشتري لان البايع في هذه الحالة كالاجنبي فاما اذا جات بالولد لاكثر من سنتين وقد
علم ذلك فالمسيلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البايع لا تصح الا بتصديق المشتري لانه لو ادعي
فيما اذا جات به لستة اشهر لا تصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه فهنا اولى
ان لا تصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلوق في ملكه اصلا وان صدقه المشتري صحت
الدعوة ويثبت النسب كما في الاجنبي الا انه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية ام ولد له ويبقى
الولد عبدا للمشتري وهو ثابت النسب من البايع وان ادعيا معا او سبق احدهما صاحبه
صح دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي وهذا الذي ذكرنا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع
فاذا لم يعلم انها جات بالولد لاقل من ستة اشهر او لستة اشهر فصاعدا ما بينها
وبين سنتين او لاكثر من سنتين فالمسيلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه
البايع فانه لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان
ادعاه المشتري صح لان اكثر ما في الباب ان علوق الولد في ملك البايع بان جات
به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق احدهما صاحبه في
الدعوى ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البايع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوة
واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعيا معا فانه
لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانه وقع الشك في ثبات النسب
من كل واحد منهما لانه ان كان لاقل من ستة اشهر لم يثبت النسب من المشتري
ويثبت من البايع وان كان لستة اشهر او لاكثر من سنتين يثبت من المشتري ولم يثبت
من البايع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي يثبت منهما لانه لما وقع الشك كان
الاثبات اولى لما فيه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه **قوله** وان
ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى هذا لفظ القدوري في مختصره
وقد مر البيان **قوله** وان جات به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع
ذكره تفريعا وقد مر البيان **قوله** وان جات به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع
ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري وقد مر البيان انفا
قوله فان مات الولد فادعاه البايع وقد جات لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد
في الام هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وعلى هذا لو اعتقها المشتري
او دبره والاصل في ذلك انه من حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ لا يجوز فسخ الملك فيه
بالدعوة واذا لم يحدث فيه ما لا يلحقه الفسخ قبلت الدعوة ويثبت النسب ثم اذا

مات الولد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتدأ للميت ولا عليه واذا لم يثبت
النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بحالها قال شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي اعتق الولد او دبره او قتل عنده فاخذ قيمته ثم ادعاه البايع لم
يصدق على ذلك لانه بطلت علية الدعوة بالهلاك اذ النسب ليس بامر مقصود بعد الوفاة
وكذا العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل النقض فتعذر تصحيح الدعوة في الولد واذا لم تصح في حق
الولد لم تصح في حق الام لانها تابعة له الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالامر
الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فاخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البايع
فانه يصدق على الدعوة ويرد البايع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانه صارت مقصوده
بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها وكذلك لو كان المقطوع يد الام
وكذلك لو كان رجل فقا عيني الولد فدفعه المشتري واخذ قيمته ثم ادعاه البايع فدعوته
جايزة ويرد الثمن على المشتري ويرجع الجاني على المشتري بالقيمة التي اعطاه ولا يكون للعينين
ارش على الجاني في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على ما نقصته بناء على اصل
وهو ان الضمان يجب في مقابلة الجثة عند ابي حنيفة رحمه الله فيشترط سلامتها للجاني
وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجب الضمان وكذا
لو فقا عيني الام قوله وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت
النسب في الولد واخذه البايع هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ورد الثمن كله
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد حصة الولد ولا يرد
حصة الام وذلك لان الولد لم يحدث فيه ما لا يلحقه الفسخ فصحت الدعوة فيه والام قد
وجد فيها ما لا يلحقه الفسخ فلم تؤثر الدعوة فيها ولان النسب يجوز ان ينفرد عن الاستيلاد
والدليل عليه ولد المغرور ولان الاستيلاد فرع والنسب اصل وتعذر الفرع لا يبطل
الاصل وتعذر الاصل يمنع من ثبوت الفرع قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد اعتق الام ودبرها او استولدها ثم ادعى البايع الولد ثبت
نسبه منه ورد اليه حصته من الثمن ولم يرد حصة الام لانه لا مانع من الدعوة لانه
تبين ان العلوق وقع في ملكه فملك الدعوة وهو اصل في هذه الحالة فاخذ قسطا من الثمن
وتعذر تصحيح الدعوة في حق الام لزوالها عن الملك وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
وكان يجب ان يبطل عتق المشتري في الام حكما لثبات النسب لان من حكم ثبات النسب
ان تصير الجارية ام ولد له كما قبل اعتاق المشتري الام اذا ادعى البايع الولد فاجاب عنه بان
صيرورة الام ام الولد للمدعي من احكام ثبوت النسب لكن ليس من ضروراته بحيث لا
ينفصل عنه النسب بحال بل يجوز الانفصال عنه كما في ولد المغرور ثم قال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي ولو لم يفعل شيا من ذلك ولكن الام ماتت ثم ادعى البايع الولد
فهو مصدق في ذلك ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد لا يرد حصة الام بناء على اصل وهو ان ام الولد لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما تضمن فمتى تبين ان العقد لم تصح في حقها ولا في حق ولدها ولا
هي مضمونة وجب رد ما يقابلها وعندهما ام الولد مضمونة فاذا انتقض العقد وجب
عليه ردها وقد تعذر فلا يرد ما يقابلها وجعل امساك الحصة كاسترداد ها وقال

شيخ الاسلام

شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ماتت الام عند المشتري فادعى البايع الولد فعلى قول
ابي حنيفة انه يصح دعوته في حق الولد والام جميعا حتى يجب على البايع رد جميع الثمن كما لو
كانت الام حية وعلى قولهما لا تصح الدعوة في حق الام كما لو اعتقها المشتري وانما تصح في
حق الولد فلا يلزمه رد الثمن بحصة الام عندهما لانه استوى الموت والعتق في حق الولد
فينبغي ان يستويا في حق الام الا ترى انه لا تصح دعوة البايع بعد موت الولد كما لا تصح دعوته
بعد اعتاق المشتري ثم دعوة البايع الولد لا تصح في حق الام اذا كان اعتقها المشتري فكذا
اذا ماتت وابو حنيفة رحمه الله يقول صيرورة الجارية ام ولد من احكام ثبوت نسب
الولد لا من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه بحال ولو كان من احكامه ومن ضروراته لثبت
على كل حال متى ثبت نسب الولد ثبت هذا الحق لها وان كانت ميتة ومن حيث
انه ليس من ضروراته بل ينفصل عنه بحال لم يثبت لها هذا الحق بعد عتقها توفيرا
على الامرين حظهما بقدر الامكان والباقي يعلم في مبسوط خواهر ثم قال في شرح الكافي
ولو كاتبت الام او باعها او وهبها او رهنها او اجرها او زوجها ابطلت جميع ذلك
ورددتها الى البايع لان هذه التصرفات فيما يحتمل النقض بعد صحتها فلان تنقض عند
ظهور عدم الصحة اصلا كان اولى قوله وفي الجامع الصغير واذا احبلت الجارية في ملك
رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو
ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة
قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وذكر شمس الايمة السرخسي ان هذا قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي حنيفة رحمه الله يرد الولد بجميع الثمن لان عنده
لا مالية لام الولد ولنا فيه نظر لان محمدا نقل في الجامع الصغير عن ابي حنيفة صريحا انه
يرد الولد بحصته من الثمن وقال في الاصل واذا حبلت الامة عند الرجل فباعها
فولدت عند المشتري لاقل من ستة اشهر ثم ان المشتري اعتق الام ثم ادعى البايع الولد
كان دعوته فيه جايزة في قول ابي حنيفة ويرد اليه بحصته من الثمن ولا يصدق على
الام ولا ترجع امة بقول البايع بعد ان صارت حرة الى هنا لفظ الاصل وكذلك اثبت
في الكافي للحاكم الشهيد وكذلك ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما وكذلك ذكر
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وكذلك ذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل
والكفاية الا ترى ان محمدا قال في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله
في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان اصل الحبل عند البايع واعتق
المشتري الام ثم ادعى البايع الولد فقال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن
وان كان المشتري اعتق الولد ولم تعتق الام ثم ادعى البايع الولد فدعوته باطلة
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال الطحاوي في مختصره ومن باع امة
حاملا حملا كان اصله في ملكه فجاءت بولد في يد المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه
البايع قبلت دعوته وفسخ البيع فيه وفي امه وان كان المشتري قد اعتق امه قبل
ذلك لم يصدق البايع على ردها رقيقا وصدق في ولدها وقسم الثمن عليه
وعلى امه ثم فسخ البيع فيه بحصته من الثمن وان كان المشتري قد اعتق الولد
ولم تعتق الام والمسالة على حالها كانت دعوته باطلة وكان البيع على حاله الى

هذا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الكرخي في مختصره ولو كان المشتري اعتق الام ولم يعتق
الولد ثم ادعاه البايع والمسيلة على حالها جازت الدعوة في الولد ولم تجز في الام ونسخ
البيع في الولد دون الام وكان على البايع رد حصة الولد من الثمن اذا قسم الثمن
على قيمة الام يوم وقع العقد على قيمة الولد يوم ولدا الى هنا لفظ الكرخي وقد ذكرنا
قبل هذا رواية شرح الكافي ومبسوط خواهرزاده على هذا الوجه وقال في الكفاية
المشتري اعتق الام او دبرها لا الولد جازت دعوة البايع ونسخ في حق الولد دون
الام وعلى البايع حصة الولد اذا قسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم
الولادة تعلم بهذا المجموع ان ما ذكر شمس الايمة السرخسي فيه نظر لان الرواية
اثبتت في الاصول بخلاف ما قال وانما قاس هو اعتاق الام على موتها ولكن الفرق
بين الاعتاق والموت ذكره خواهرزاده في مبسوطه وقد مضى قبل هذا وقوله لان عنده
لا مالية لام الولد قلت سلمنا انه لا مالية لام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن
اذا ثبتت امية الولد ولم تثبت هي في صورة اعتاق المشتري الام لانها
ليست من ضرورات ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرور قوله وجه
الفرق اي بينما اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البايع
صحيحة في حق الولد خاصة وبينما اذا اعتق المشتري الولد دون الام حيث
يبطل دعوى البايع اصلا لان الولد هو الاصل في ثبات النسب والام تابعة
فاذا كان الاصل باقيا صحت الدعوة ولا عبرة بفوات التبع بالاعتاق فيرد الولد
بحصته من الثمن ولا يرد الام رقيقا لانها نالت اشرف الحالين فلا يرد الى اخس
الحالين بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ادعى البايع حيث لا تصح الدعوة لان الاصل
فات ولا عبرة ببقاء التبع قوله على ما مر اشارة الى قوله لان الولد هو الاصل في النسب
قوله وفي الوجه الاول اي فيما اعتق المشتري الام لا الولد قوله وليس
من ضروراته اي ليس امتناع صحة الدعوة في الولد من ضرورات صحة الاستيلاد في
الام اي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاد عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرور
فانه حر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وامه متابع في الاسواق قوله كما في المستولدة
في النكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت امية
الولد قوله وفي الفصل الثاني تمام المانع بالاصل اراد بالفصل الثاني ما اذا اعتق المشتري
الولد قوله وانما كان الاعتاق مانعا اي كان اعتاق المشتري الولد مانعا من دعوة
البايع الولد لان الاعتاق لا يحتمل النقض ثم ان الاعتاق كما لا يحتمل النقض لا يحتمل النقض
ايضا حق استلحاق نسب الولد من البايع وحق استيلاد البايع كما لا يحتمل للام فاستويا
اي استوى اعتاق المشتري الولد وحق البايع استلحاقا واستيلادا ولكن ترجح جانب
المشتري لان الثابت في جانبه حقيقة الاعتاق والثابت في جانب البايع حق الاستلحاق
وحق الاستيلاد فترجح جانب المشتري فكان اعتاقه مانعا من دعوة البايع الولد
لان الحقيقة اقوى من الحق قوله وقد ثبت به بعض اثار الحرية اي ثبت بالتدبير
عدم جواز النقل من ملك الى ملك بالبيع ونحوه وذلك من اثار الحرية قوله
وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن

هو الصحيح

هو الصحيح اراد بالفصل الاول ما اذا اعتق المشتري الام والفصل الثاني اعتاق المشتري
الولد وقد ذهب صاحب الهداية في هذا الى ما ذهب اليه شمس الايمة السرخسي
وسماه الصحيح ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد عن ابي حنيفة في الجامع الصغير وغيره
وقد مر انفا قوله قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه
البايع فهو ابنه ويبطل البيع اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من الاخر
ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه قال هذا ابنه ويبطل البيع اجمع اي يبطل البيع الاول
والثاني وهذا استحسان والقياس ان لا تنفذ دعوته وهو قول زفر لانه مناقض
في كلامه لان اقدامه على البيع اقرار بانه عبد فاذا ادعى انه ابنه كان مناقضا وجه
الاستحسان ان صحة الدعوى تعتمد على اتصال العلوق بملكه لانه دليل ظاهر على كون
الولد من المولى لان الظاهر عدم الزنا وقد وجد هنا ولادة الجارية في ملكه فكان
امرا يصدقه الظاهر فيقبل قوله ويفسخ البيع لانه مما يحتمل النقض وحق الدعوة لا يحتمل
النقض فكان اقوى فينتقض البيع لاجله وقوله انه مناقض لا عبرة به لان العلوق امر
خفي والنسب يبتني عليه والتناقض في الامر الخفي معفو كما اذا اختلعت المراة ثم اقامت
البينة ان زوجها كان طلقها ثلاثا يقبل بينتها لان المستبد بالطلاق هو الزوج وقد
يوقعه في غيبة المراة فيخفى عليها فلا يكون اقدامها على الخلع مانعا لصحة دعواها الطلاق
وكذلك المكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان اعتقه يقبل ذلك منه ولا يجعل على
التناقض كذا قالوا في شروح بيوع الجامع الصغير قوله فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما له
من حق الدعوة قوله وكذلك اذا كاتبه او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها
ثم كانت الدعوة يعني اذا وجد دعوة البايع بعد وجود هذه الاشيا من المشتري يصح
وينقض هذه الاشيا لانها تحتمل النقض بخلاف ما اذا ادعى البايع بعد ما ادعى المشتري
حيث لا تصح دعوة البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض وبخلاف
ما اذا ادعى بعد ما اعتق المشتري او دبره لان الولا الثابت من المشتري لا يحتمل
النقض وانما ذكر هذه المسايل وهي من مسايل المبسوط تفريعا على مسيلة الجامع
الصغير قوله قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانهما حمل واحد فثبوت نسب احدهما شاهد على نسب الاخر
قوله في الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان الى اخره وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل في يده غلامان توامان ولدا في
ملكه فباع احدهما فاعتقه المشتري ثم ادعى البايع الغلام الذي عنده انه ابنه قال
هما ابناه وانتقض عتق المشتري الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اما صحة الدعوة
في الذي عنده فانها وجدت في ملك قايم وقت الدعوة والعلوق جميعا فصحت فلما
صحت فيه صحت في الذي اعتقه المشتري لانهما توامان لا يتصور احدهما ان يكون
من مايه والاخر من ما غيره فانتقض البيع فيه وبطل اعتاق المشتري صورة ثبوت
الحرية الاصلية فيه وهذا لانه لما بطل البيع بعد ثبوت النسب لانه باع ابنه بطل اعتاق
المشتري ايضا ضرورة لانه كان حر الاصل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا فباعه

واعتقه المشتري ثم ادعاه البايع لا يبطل اعتاق المشتري لانه لو بطل لبطل مقصود الحق
دعوة البايع فلا يجوز ابطاله مقصود الان العتق لا يقبل الفسخ بخلاف ما نحن فيه فان بطلان
اعتاق المشتري ثبت ضرورة حرية الاصل ضمنا وتبعا لا مقصود الحكم من شي يثبت
ضمنا ولا يثبت قصدا قال في المغرب التوام اسم للولد اذا كان معه اخر في بطن
واحد ويقال هما توامان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توام وهما زوج خطا **قوله** وهنا
ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل يعني فيما نحن فيه ثبت بطلان اعتاق المشتري لا
مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه فعلى هذا يكون اعراب
حرية الاصل مجرورا على العدل من قوله لحريته ويجوز ان يكون منصوبا على الاختصاص
بسبيل المدح بتاويل اعني **قوله** فان لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد
الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال وهو
اتصال العلوق في الملك قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم
الشهيد واذا ولدت امة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن اصل الحبل عنده
فباع احدهما واعتق المشتري ثم ادعاهما فهما ابناه ولا ينقض البيع ولا عتق المشتري
اما ثبات النسب فلانه لما ثبت نسب احدهما ثبت نسب الثاني ضرورة
ان احدهما لا ينفصل عن الاخر واما عدم انتقاض البيع فلانه حدث في المحل ما يمنع
الانتقاض وهو الحرية لانه تعذر اثبات الحرية بطريق التبعية مع ثبوتها بجهة الاصالة
فلم يظهر فيه احكام العتق بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه وباقي التفريعات يعرف في
المبسوط في باب دعوة التوام **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي
الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد يكون ابنه الى قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الصبي يكون في يدي
الرجل قال هو ابن عبدي الغايب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابنه ابدا وقال يعقوب
ومحمد اذا جحد العبد ان يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه
لنفسه وهذه من مسايل المبسوط ذكرها تفريعا قالوا في شروح الجامع الصغير وتفسير
المسيلة رجل في يديه صبي ولد في يديه وهو يبيعه فلا يامن المشتري ان
يدعيه البايع يوما فيقر بالنسب لعبده الغايب خوفا من انتقاض البيع فان
هذا يكون مخرجا عند ابي حنيفة لان الغايب ان صدقه فقد اثبته وكذبه او لم يعرف
منه تصديق ولا تكذيب لم تصح دعوة المقر لما ان كذب الغايب تصح دعوة
المقر عندهما وهو موضع الخلاف وانما لم تصح دعوة المقر في الصورتين الاولين
لان المقر اوجب للغايب حق التصديق فليس له ان يبطل حقه فاما في الصورة الثالثة
فوجه قولهما ان اقرار المولى بطل بتكذيب الغايب فصار وجوده وعدمه بمنزلة ولو انعدم
الاقرار اصلا صحت دعوة المولى فكذا هذا وانما يبطل الاقرار بالنسب لانه مما يرتد بالرد
وان لم يقبل النسب الفسخ والدليل على ذلك ان الاكراه والهزل يبطلان فيه الا ترى
انه لو اكره على الاقرار بنبوة عبده فاقر لا يجوز ونظيره من اشترى قلب عبدا فاقر
ان البايع كان اعتقه فكذبه البايع ثم قال المشتري اذا اعتقته يتحول الولا اليه بخلاف

صورة

صورة التصديق حيث لا تصح دعوة المولى لانه ادعى نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم
يعرف التصديق والتكذيب لانه تعلق بالاقرار حق الغير فلا يجوز ابطاله كمن نفى ولد
المنكوحة ولاعن القاضي بينهما لا تصح دعوة نسبه من الغير لان حق الملاعن متعلق به
الا ترى ان له ان يكذب نفسه فتصح دعوته ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان
الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يحتمل النقض فلا تصح دعوة المقر بعد ذلك وانما قلنا
انه لا يحتمل النقض لان في زعم المقر انه ثابت النسب والنسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود
والتكذيب ولهذا لو عاد المقر له الى تصديقه جاز وثبت النسب منه فصار كالذي لم
يصدقه ولم يكذبه لمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه
بعد ذلك يعتق عليه ولا يلزم على هذا اذا اقر بمال فرد المقر له ثم ادعاه لان الاملاك تنفسخ
بالرد فيبطل الاقرار ولم يبق الا حق المقر فجاز ان يدعي او نقول انه اقر بثبوت نسبه من
الغير واقراره ان لم يصلح حجة على الغير يصلح حجة في حق المقر فصار النسب ثابتا فيما يرجع
الى زعم المقر وثبات النسب من الغير يمنع صحة الدعوى بخلاف ما اذا قال ليس
هو ابني ثم ادعاه يقبل دعوته لانه لم يقر بثبوت نسبه من الغير فاذا ادعاه يقبل دعواه
لان الانسان قد لا يدعي لولده لريبة فاذا زالت الريبة عاد الى الدعوى اما حمل النسب
على الغير لا يكون الا اذا تيقن انه ليس منه فاذا قال بعد ذلك هذا مني لم يقبل قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بتهمة
ثم ادعاه الشاهد لم يصح وكذلك اورد صاحب الهداية هذه المسيلة حجة عليهما ولكن لقايل
ان يقول فيه نظر لان ذلك قول ابي حنيفة رحمه الله لا قولهما الا ترى الى ما ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي بقوله وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه ابن فلان ثم لم يقبل
هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما الى هنا لفظ شيخ
الاسلام رحمه الله اما مسيلة الولا فعلى الاختلاف وليست بحجة على ابي حنيفة لانه لا يتحول
الولا عنده الا ترى الى ما ذكر الحاكم الشهيد في كتاب الولا في باب الاقرار بالولا وان
اقر ان فلانا ما اعتقه فقال فلان ما اعتقتك ولا اعرفك ولا انت مولاي فاقر انه
مولى اخر لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة النسب لو اقر انه من فلان
ثم اراد ان ينسب الى اخر وفي قول ابي يوسف يجوز ذلك الى هنا لفظ الحاكم
في كافيه **قوله** والاقرار بمثله لا يرتد بالرد بمثل النسب الثابت **قوله** وهذا لانه تعلق
به حق المقر له اشارة الى قوله لا يحتمل النقض **قوله** ولو سلم الى اخره يعني لا نسلم ان
مسيلة الولا على الاتفاق حتى يكون ذلك حجة على ابي حنيفة بل هي على الخلاف ذكره في
كتاب الولا ولين سلمنا انها على الاتفاق فنقول بين الولا وبين النسب فرق وهو ان الولا
يبطل باعتراض ما هو الاقوى كما في جر الولا الا ترى الى ما ذكر الحاكم في كتاب الولا واذا
تزوج العبد حرة فولدت له اولادا فاولادها موالي لموالي الام معتقة كانت او مولاة
فمتى ما اعتق ابوهم جر ولاهم الى مولاه وقد اعترض هنا على الولا الموقوف وهو
حق البايع ما هو اقوى منه وهو دعوة المشتري فبطل الولا والنسب لا يجوز
نقضه بعد ثبوته فلم يبطل فلم تصح دعوة المولى بعد اقراره ابن عبده **قوله** على ما مر
اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض **قوله** وهذا يصلح مخرجا على اصله اي

اقرار البايع بنسب عبده الذي يبيعه لعبده الغايب يصلح مخرجا على اصل ابي حنيفة رحمه الله
اي حيله و تخلصا من دعوة البايع لانه لا تصح عنده على جميع التقادير قوله قال واذا كان الصبي
في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني
وهو حر اي قال في الجامع الصغير وذلك لان في دعوى احدهما رقا وفي الاخر حرية وهو
انفع للصبي واقوى من الرق فكانت دعوى الحرية اولى ولان دعوة الرق مقتصرة
على الحال ودعوى الحرية والنسب مستندة الى حال متقدم والسبق من اسباب الترجيح
فكان دعوى النسب اولى لا يقال ينبغي ان يكون دعوى المسلم مترجحة بالاسلام كما اذا ادعى
كل واحد منهما انه ابنه لانا نقول لا بد للترجيح من المعارضة بين الدعوتين والمعارضة
بينهما انما تكون اذا استويتا ولا مساواة بينهما لان منفعة الحرية اكثر وانظر للصبي لانه
يملك اكتساب الاسلام بنفسه ولا يملك اكتساب الحرية بنفسه ما لم يعتقه المولى
فلما انتفت المعارضة لعدم المساواة لم يثبت الترجيح بخلاف ما اذا ادعيا نسبه حيث
يرجح بالاسلام لانهما استويا في الدعوى قوله لان الاسلام مرجح بكسر الجيم قوله ولو كانت
دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله يستويان وقال الشافعي
رحمه الله تحكم القايف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والمسالة عرفت
في المختلف قوله واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على
الولادة اي قال في الجامع الصغير قال صاحب الهداية وغيره ومعنى المسالة ان تكون
المراة ذات زوج وانكر الزوج ذلك لانها تصدت الزام النسب على الزوج وسبب
لزوم النسب وان كان قايما وهو النكاح ولكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب
الولادة لا محالة ولا يثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة وشهادة القابلة حجة فيها لان
الولادة مما لا يحضرها الرجال فقبلنا قول النساء فيها وفي اثبات الولادة وتعيين
الولد الزام النسب على الزوج لان النسب له كذا قالوا في شروح الجامع الصغير وقال
شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في كتاب الدعوى من مبسوطه في باب
دعوة الحمل المراة تقر بالصبي انه ابنها فانها لا تصدق الا ببينة فان شهد بذلك القابلة
ثبت النسب ثم قال وهذا اذا لم يكن ثمة منازع فاما اذا كان منازع بان ادعت
النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك فانه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم
جميعا وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين عندهم جميعا لانها تدعي في
الحاصل نكاحا على الرجل وانه لا يثبت عندهم جميعا الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
ثم قال فاما اذا كانت المنازعة لها بامراة اخرى ذكر هذه المسالة في كتاب اللقيط
واختلفت الرواية فيه في احدى الروايتين وكانها رواية ابي سليمان يقضي بالنسب
بينهما اذا اقامت كل واحدة منهما امراة واحدة وفي رواية اخرى وكانها رواية ابي
حفص انه لا يقضي بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين او رجلا
وامراتين قوله ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني
هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة لكنها معتدة وادعت
النسب على الرجل احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين
او رجل وامراتين الا ان تكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب

من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة
وقد مر في باب ثبوت النسب قوله وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها
فهو ابنهما وان لم تشهد امراة يعني اذا صدقها الزوج في دعواها فهو ابنهما ولا حاجة
الى شهادة المراة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المراة اذ ليس فيه
تحميل النسب على الغير ومع دعوى المراة اولى وهذه من مسايل الجامع الصغير قوله وان
كان الصبي في ايديهما فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره فهو
ابنهما وهذه من مسايل الجامع الصغير اي زعم الزوج انه ابنه من امراة له اخرى وزعمت
المراة انه ابنها من زوج اخر فكان ابنهما لان الولد لما كان في ايديهما كان الظاهر انه
منهما من كل واحد منهما يدعي ابطال حق الاخر فلا يصدق في حق صاحبه كثوب
في يدي رجلين اقر كل واحد منهما انه بينه وبين رجل اخر يكون بينهما ولا يصدق
كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فكذا هذا الا ان ثمة المقر له يدخل في نصيب
المقر لاحتمال المحل الشركة بخلاف ما نحن فيه لانه لا يحتملها هذا اذا كان الغلام لا يعبر
عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه وليس هناك رق ظاهر فالقول قول الغلام ايهما
صدق ثبت نسبه بتصديقه كذا في شرح الطحاوي قوله قال ومن اشترى جارية
فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم تخاصم اي قال في الجامع
الصغير في كتاب القضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في
رجل اشترى من رجل جارية فوطيها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب
للمولى قيمة الولد يوم تخاصم ان جاء والولد حي وان جا والولد قد مات فلا شي على الاب
ان قتل الولد فاخذ الوالد ديته فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير
والاصل في ذلك ان ولد المغرور حر الاصل باجماع الصحابة رضي الله عنهم كذا ذكر ابو بكر
الرازي رحمه الله في شرحه لمختصر الطحاوي في كتاب النكاح قال لا خلاف بين
الصدر الاول وفقها الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف
انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب بفك
الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية
فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتهما واليه ذهب اصحابنا رحمهم
الله الى هنا لفظ ابي بكر الرازي والمغرور من يستولد امراة معتمدا على ملك يمين
او نكاح على انها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على انها امة وولدها حر باجماع الصحابة
روي ذلك عن عمر وعلي من غير نكير من الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع بيانه فيما
روى محمد في الاصل في كتاب الدعوى عن ابي يوسف عن محمد بن اسحق عن يزيد
بن عبد الله بن قسيط قال ابقت امة فانتمت بعض قبايل العرب يا نمت الى
بعض قبايل العرب فتزوجت رجلا من بني عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء
مولاها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرفع ذلك اليه فقضى بها له وقضى على ابي
الولدان يفدي ولده الغلام بالغلام والجارية بالجارية قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي افادنا ان نكاح الامة بغير اذن مولاها ينعقد بوصف
الفساد وافادنا ان ولد المغرور حر بالقيمة وعن الشعبي ان رجلا اشترى جارية من رجل

فولدت منه فاستحقها رجل فرفع الى علي بن ابي طالب رضي الله عنه فقضى بالجارية لمولاها
لمولاها وقضى باولادها لمولاها وقضى للمشتري على البايع ان يفك ولده بما عز وهان
لانه ضمن له سلامة الولد فكان تكاكه عليه ولان المستولد على ظاهر الملك مستحق
للنظر ومستحق الجارية ايضا مستحق للنظر فراعينا حقهما بقدر الامكان فاعتبرنا
حق المستولد في صورة الولد وحق المستحق في معناه وهو القيمة وجعل حرا في حق المستولد
من الاصل عبدا في حق المستحق فيضمن بالمنع ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
اذا المنع تحقق يوم الخصومة لا قبله وان مات الولد قبل الخصومة لا يضمن شيئا
لانه لا يضمن شيئا قبل المنع ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور
حرا اما اذا كان مكاتبا او ماذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد رحمه
الله وسيجي ذلك في كتاب المكاتب قال الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله في
شرح الجامع الصغير وفي قول الشافعي رحمه الله يجب عليه قيمته يوم الولادة
وان مات الولد لا يسقط عنه الضمان ثم ان رجا المستحق بعد ما مات الولد وترك
عشرة الاف درهم وورثه ابوه لما مر انه علق حرا في حق المستولد ولا يغرم الاب
قيمة الولد لانه لم يمنع الولد والميراث ليس ببدل عن الولد حتى يكون منعه كمنع
الولد ولو قتل الاب الولد يغرم قيمته للمستحق لانه منعه منه وكذا لو قتله غيره واخذ
ديته يضمن قيمته لان سلامة البدل كسلامة الولد ومنعه كمنعه وان لم ياخذ الدية
من القاتل لا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا لا حكما ولا حقيقة كذا ذكره فخر الدين قاضي
خان وغيره في شروح الجامع الصغير وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
ويغرم الواطي العقر للمستحق لانه وطي ملك الغير بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لان
الوطي في هذا بمنزلة جزء اتلفه منها وتناوله لنفسه فلا يرجع به على غيره كما لو قطع يدها
لم يرجع به على غيره وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي
قال واذا ابقت الامة فاتت رجلا فاخبرت انها حرة وتزوجها على ذلك بنكاح
صحيح في الظاهر او فاسد فولدت ولدا ثم اقام مولاها البينة انها امته فقضي بها له
فانه يقضى بالولد ايضا لمولى الجارية الا ان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فان
اقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا
لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغترارا من حيث بنى امره على مطلق خبرها
فاما اذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرورا فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه
وجعلت على ابيه قيمته يوم تقضى بدله دينا حالا في ماله دون مال الولد كذا ذكر
في كتاب الدعوى في باب الغرور **قوله** ويرجع بقيمة الولد على بايعه كما يرجع
بثمنها اي يرجع الاب اذا استحقت الجارية بقيمة ولدها على الذي باعها منه لان
البايع ضمن له سلامة الولد وهذا كما انه يرجع بثمنه لو كان مبيعا فاستحق ولكنه
لا يرجع بالعقر عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ضمان لزمه بسبب فوت
السلامة المستحقة بالعقد فيرجع عليه به كما يرجع بقيمة الولد ولنا ان العقر انما
وجب لاستيفا منافع البضع فلو رجع به لزم سلامة المستوفى للواطي مجانا وذلك
ليس بمشروع وقد ختم كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله واذا قالت المراة انا

ام ولد

ام ولد لهذا الرجل وارادت استحلاف الرجل ليس لها ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة لان
امومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليمين في النسب والله اعلم **كتاب الاقرار**
انما ذكر هذه الكتب اعني كتاب الاقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة
وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة لان المدعي لديه عليه اما ان يقر
او ينكر فان اقر فيما به الاقرار وان انكر فالانكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعي الصلح
فبعد ما ثبت له المال اما بالاقرار او بالصلح لا يخلو اما ان يسترتح بنفسه او بغيره والاسترباح
بنفسه بالبيع وقد مضى بابه والاسترباح بغيره هو المضاربة فان لم يرد الاسترباح فلا
يرد الاسترباح فلا يخلو اما ان يحفظ المال بنفسه او بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق
به حكم في المعاملات فبقي حكم حفظه بغيره وهو الوديعة ثم اعلم ان الاقرار حجة
شرعية فوق الشهادة لان التهمة فيه منتفية فاذا قبلت الشهادة فكان الاقرار
اولى والدليل على ذلك الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب
فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق بيانه انه تعالى امر بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه
بالاملاء شي لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وقوله تعالى قال أأقررتم واخذتم على
ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله
تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على النفس اقرار واما
السنة فهو ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره وقال في قصة العسيف واغد يا
انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان
مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به فاذا ثبت الحد
به فثبوت المال اولى وصاحب روى صاحب السنن باسناده الى ابي امية
المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه
متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فاعاد عليه مرتين او
ثلاثا فامر به فقطع واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على جواز الاقرار من غير نكير واما المعقول
فهو ان الخروج عما وجب على الانسان واجب عليه ومما لا يمكن الخروج عنه
الا بالاقرار فثبت انه حجة ثم الاقرار في اللغة والشريعة عبارة عن اخبار حق لغيره
على نفسه فاذا كان الاخبار عن حق لغيره على غيره فهو شهادة واذا كان الاخبار عن حق
لنفسه على غيره فهو دعوى وشرطه الحرية والعقل والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان
علي كذا لان الاقرار به يقوم وركن الشي ما يقوم به ذلك الشي وحكمه ظهور ما اقر به
لا اثباته ابتداء كالشهادة ولهذا صح الاقرار بالخمر للمسلم فلو كان تمليكا مبتدأ لم يصح ولهذا
لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه وذكر في الطريقة
البرهانية ما يويد هذا فقال انشا الرق على نفسه لا يصح والاقرار بالرق يصح ثم اعلم
ان الاقرار هل هو يثبت للملك ام لا قال الاستروشني في الفصل التاسع من فصوله
ذكر شمس الايمة الحلواني في شرح الحيل اختلف المشايخ في ان الاقرار هل هو سبب
للملك ام لا قال محمد بن الفضل الاقرار ليس بسبب للملك واستدل بمسئلتين
احديهما المريض الذي عليه دين اذا اقر بجميع ماله لاجنبي يصح اقراره ولا يتوقف
على اجازة الوارث ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة والثانية

العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده يصح اقراره ولو كان الاقرار تمليكا يكون تبرعا
عن العبد فلا يصح ثم قال في الفصول ورايت في طرتقه بعض المشايخ ان الاقرار ما هو
ذكر القاضي ابو حازم ان الاقرار اخبار عن امر سابق وذكر ابو عبد الله الجرجاني انه
تمليك في الحال استدل ابو عبد الله بمسايل منها اذا اقر لرجل فرد اقراره ثم قبل
لم يصح ولو كان اخبارا صح ومنها اذا اقر في المريض لوارثه بدين لم يصح ولو كان
اخبارا يصح ومنها ان الملك الثابت بسبب الاقرار لا يظهر في حق الزوايد
المستهلكة حتى لا يملك المقر له مطالبتها من المقر ولو كان اخبارا كانت مضمونة
عليه اذا استهلكها واستدل ابو حازم بمسايل منها اذا اقر بنصف داره مشاعا
صح ولو كان تمليكا لم يصح عند ابي حنيفة ومنها اذا اقرت المراة بالزوجية صح
ولو كان تمليكا لم تصح الا بمحضر من الشهود ومنها اذا اقر المريض بدين يستغرق
جميع ماله صح ولو كان تمليكا لم يصح والباقي تعلم في الفصول قوله قال واذا اقر
الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اي قال القدوري
في مختصره اما لزوم الاقرار فلما بينا من دلايل الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع
من المعقول واما اشتراط الحرية فلما ان العبد المحجور اذا اقر بمال لا يلزمه الا بعد الحرية
بخلاف اقراره بحد او قصاص حيث يلزمه في الحال لانه يبقى على اصل الحرية فيما
هو من خواص الادمية وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية
بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية وبخلاف المأذون فان اقراره
بالمال صحيح لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى فلما اختلف حكم اقرار العبد شرط
الحرية ليصح مطلقا واما اشتراط البلوغ والعقل فلقوله عليه افضل الصلاة والسلام
رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النايم حتى
يستيقظ ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل الالتزام ولا يلزم باقرارهما شي الا اذا
كان الصبي مأذونا فانه يصح اقراره لانجبار رايه براي المولى فيصير كالبالغ واما جهالة
المقر به فلا تمنع صحة الاقرار لان المقر انما يقر بما يلزمه ويثبت في ذمته وقد يلزم الانسان
الحقوق المجهولة كما اذا اتلف مالا لا يدري قيمته او يلزمه ارش جناية او يكون عليه
بقية حساب بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لزيد علي
الف درهم فلا يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الا اذا اعترف كذا في شرح الطحاوي
هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا تمنع صحة الاقرار ولهذا قال
في باب الاقرار بعلامة الولد ومن الواقعات الحسامية جارية في يدي رجل فقال
ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز وتحلف لكل واحد منهما اذا ادعياها ولو قال
هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للمجهول جهالة متفاحشة وقال
في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك علي
احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول قوله ويقال له بين المجهول هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني اذا لزمه ما اقر به مجهولا يقال له بين المجهول وذلك لان الاجمال
وقع من جهته فعليه البيان ولكن بين شيا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان
يبين له حبة او فلسا او جوزة وما اشبه ذلك اما اذا بين شيا لا يثبت في الذمة

لا يقبل منه

لا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفا من تراب ونحوه كذا في شرح الطحاوي قال
قال لفلان علي شي لزمه ان يبين ما له قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه اقر
بوجوب شي في ذمته وما لا قيمة له لا يثبت في الذمة فاذا فسر ما اقر له بذلك صار بمنزلة
كالرجوع عما اقر به فلا يقبل منه قال والقول قوله مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر من ذلك لقوله
عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كذا في شرح الاقطع قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اقر الرجل انه غصب رجلا شيا ولم يبين شيا فانه يلزمه
من ذلك ما شاء وكان القياس ان لا يلزمه شي لانه اقر بالمجهول والمجهول لا يصح التزامه الا
انا نقول بان هذه الجهالة مستدركة بالبيان فوجب عليه البيان ليقع الكلام مفيدا ولا بد
ان يقر بشي والقول قوله مع يمينه لان الغصب يستدعي محلا ينفعل فيه وهل يشترط الاقرار
بشي له قيمة قال بعض اصحابنا لا يشترط والصحيح انه يشترط لان ما لا قيمة له لا يرد عليه الغصب
وان اطلق عليه الاسم فباعتبار المجاز يكون كذا في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام المعروف
بخواهرزاده في مبسوطه فاذا بين شيا فهذا على وجهين اما ان بين ما هو مال متقوم بان
قال غصبت منه درهما او فلسا او قفيز حنطة او بين ما ليس بمال متقوم بان قال غصبت
منه كفا من تراب او حبة حنطة او غصبت منه امراته او ولده الصغير فان بين ما هو
مال متقوم بان قال غصبت منه درهما او فلسا او دينارا ان صدقه المقر له فيما بين
لم يدع عليه الزيادة لم يكن عليه الا تسليم ما اقر به لان بيانه خرج ملايما لمجمل اقراره فصح البيان
وبيان المجمل التحق بالمجمل وصار كالمنطوق به حالة الاقرار ولو اقر بما بين في الابتداء وصدقه
المقر له في ذلك ولم يدع عليه شيا لم يكن عليه الا تسليم ما اقر به ولم يكن على المقر يمين
فكذلك هذا فاما ان صدقه فيما بين ولكن ادعى عليه الزيادة لزمه تسليم ما بين ويوخذ
في الزيادة باب الدعوى والانكار فيكون القول قول المنكر للزيادة مع يمينه وذلك
لان بيانه خرج ملايما لمجمل اقراره فكانه اقر بهذا في الابتداء وصدقه المقر له وادعى عليه
الزيادة وان كذبه فيما بين وادعى شيا اخر بطل اقراره وكان القول قول المقر مع يمينه
فيما ادعى عليه لان البيان صح منه فصار كانه اقر به من الابتداء ولو اقر به من الابتداء وكذبه
المقر له فيما اقر به وادعى عليه مالا اخر بطل اقراره فيما اقر له بتكذيبه وكان القول قوله
فيما ادعى عليه مع اليمين لانه لم يوجد منه بذلك اقرار فكذلك هذا وما يقول في الكتاب
ان القول قول المقر مع يمينه محمول على ما اذا صدقه فيما بين وادعى الزيادة او كذبه وادعى
شيا اخر فاما اذا صدقه فيما بين ولم يدع عليه الزيادة لم يكن عليه يمين في هذا الفصل
فاما اذا بين ما ليس بمال ان صدقه المقر له فيما بين لم يكن عليه شي اخر سوا بين ما
يقصد بالغصب او لا بان قال غصبت منه كفا من تراب او حبة حنطة او سمسم
لان هذا رجوع عما اقر به وليس ببيان لمجمل اقراره على ما نذكره الا انه لو رجع عن اقراره
وصدقه المقر له في الرجوع لم يكن عليه شي لان الحق في الاقرار للمقر له فكذلك هذا
فاما اذا كذبه فيما بين وادعى عليه غصب مال متقوم هل يصدق المقر فيما بين ما لا يقصد
بالغصب فانه لا يصدق فيما بين بلا خلاف بين المشايخ لان هذا رجوع منه وليس ببيان
لمجمل اقراره فانه اقر بغصب شي واسم الغصب انما يطلق على ما يقصد بالغصب ولا
يطلق على ما لا يقصد بالغصب فانه لا يقال غصب فلان من فلان حبة حنطة او كفا من

تراب فكانه قال غصبت منه شيئا يقصد بالغصب ولو صرح بهذا ثم قال غصبت منه مالا
يقصد به كان رجوعا عما اقر به ولم يكن بيانا لمجمل اقراره فكذلك هنا اما اذا بين ما يقصد
بالغصب الا انه ليس بمال متقوم هل يصح بيانه اختلف فيه المشايخ حكي عن ابي نصر
الدبوسي وابي القسم الصفار وغيرهما من مشايخنا انه صح بيانه ويوخذ فيما يدعي عليه باب
الدعوى والانكار كالو بين مالا متقوما وعامة مشايخنا يقولون بانه لا يصح بيانه ويكون
مجبرا علي ان يبين شيئا هو مال متقوم وهو الاصح لانه جعل مطلق الغصب اسما لما يوجب
رد العين حال قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك انما يتحقق اذا كان المغصوب
مالا متقوما ووجه ما ذهب اليه هولاء ان هذا رجوع منه وليس ببيان لمجمل اقراره فلا يصدق
في الرجوع قياسا علي ما لو بين شيئا لا يقصد بالغصب وانما قلنا ذلك لان المالية والتقوم
ان لم يثبت بذكر الشي فانه يتناول المال وغير المال لانه اسم لكل موجود ثبت المالية والتقوم
بذكر الغصب فان مطلق الغصب شرعا اسم لاخذ مال متقوم ثبت ذلك بقوله
عليه السلام علي اليد ما اخذت حتى ترد فقد اوجب بمطلق الاخذ بغير حق وهو الغصب
الرد فينصرف الي رد كامل وذلك في ان يرد الماخوذ من حيث الحقيقة او من حيث
المعني بان يرد قيمته لان القيمة قايمة مقام رد العين من حيث الحكم واذا انصرف
مطلق الرد الي رد كامل لا الي رد ناقص وذلك في ان يرد الماخوذ اما حقيقة او
اعتبارا صار كان النبي عليه السلام قال علي اليد ما اخذت حتى ترد عينه او قيمته ولو نص
علي هذا كان منه بيانا ان الغصب ما يوجب رد العين حال قيامه والقيمة حال هلاكه
وذلك لا يتحقق الا في مال متقوم ولا يتحقق فيما ليس بمال وان كان يقصد بالغصب واذا
ثبت ان الغصب شرعا اسم لاخذ مال متقوم صار كانه قال غصبت مالا متقوما من
فلان ولو نص علي هذا ثم بين اني غصبت من ما ليس بمال متقوم لا يكون بيانا لمجمل
كلامه بل كان رجوعا منه بعد الاقرار فلا يكون مصدقا فاذا لم يصدقه المقر له فكذلك هذا
وهذا بخلاف ما لو قال لامراته خالعتك علي ما في كفك من شي او قال خالعتك علي ما في
بيتك من شي وليس في البيت فانه يقع الخلع مجانا لان المال لم يصر مذكورا الا باسم
الشي فانه اسم للمال وغير المال فانه اسم لكل موجود ولا باسم الخلع شرعا لان الخلع طلاق
والطلاق شرعا يصح بمال او غير مال وهنا ان لم تصر المالية والتقوم مذكورا باسم الشي
صار مذكورا باسم الغصب فانه اسم لاخذ مال متقوم علي ما بينا فكانه نص علي
المال كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه قوله لما بينا اشارة الي قوله لانه اخبر عن الوجوب
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
في باب الاقرار بشي بغير عينه واذا اقر لفلان علي حقا ثم قال عنيت حق الاسلام
لم يصدق فلا بد ان يقر له بشي لان الحق اذا اطلق في الاقرارات فينصرف الي
الحقوق المالية فلا يسمع تفسيره بغير المال قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا
وهذه من مسايل المبسوط ذكره تفريعا علي مسيلة القدوري وقد مر بيانها قوله
تعويلا علي العادة اي اعتمادا عليها قوله ولو قال له علي مال فالمرجع اليه في بيانه لغالب خ
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويقبل قوله في القليل والكثير
وانما كان المرجع في البيان لان الاجمال وقع منه والرجوع فيه الي المجمل فاذا بين

ويقبل

يقبل ذلك قليلا او كثيرا لان المال عبارة عما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير قال صاحب
الهداية الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في باب الاقرار بشي غير مسمى المبلغ من شرح الكافي ولو قال له علي مال كان القول قوله
في درهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي
ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال مطلق الي نصف درهم وينبغي ان درهم لما ينطلق
علي الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون
اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه كذا في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار بدراهم غير مسماة في هذه المسيلة اذا بين ما دون
الدرهم نصف درهم او دانق قالوا القياس ان يصدق وفي الاستحسان لا يصدق في ما
دون الدرهم وقال الناطفي في اجناسه وفي نوادر هشام قال محمد لو قال لفلان علي مال
له ان يقر بدرهم ثم قال وقال في الهاروني لو قال لفلان علي مال وهو علي عشرة دراهم جياد
ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم
ولا يصدق في اقل منه الي هنا لفظ الاجناس قوله ولو قال مال عظيم لا يصدق في اقل من
مايتي درهم هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الاجناس فيه ناقلا عن اقرار
الاصل اذا قال لفلان علي مال عظيم من الدراهم يلزمه مايتا درهم ولو قال مال عظيم
من الدنانير يلزمه عشرون دينارا في قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة
رحمه الله اي لم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل ثم قال في الاجناس وقال في نوادر
ابي يوسف رواية ابن سماعة قال ابو حنيفة يلزمه مايتا درهم وكذلك لو قال
اموال عظام فهي ستمايه درهم وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم
الشهيد ولو قال له علي مال من الدراهم فعليه ما يجب فيه الزكاة مايتا درهم في قولهما
والعظيم والكثير واحد ولم يذكر قول ابي حنيفة في هذا الفصل اي في قوله مال عظيم قال
شيخ الاسلام والصحيح انه مثل قولهما يعني ان المشايخ اختلفوا في قوله مال عظيم قال بعضهم
يلزمه عشرة دراهم كما لو اقر بدراهم كثيرة يلزمه عنده عشرة دراهم وقال بعضهم يلزمه
مايتا درهم كما هو قولهما وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا
العظيم من حيث المعني وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لانه اقل مال فيه خطر في
الشرع وجه الرواية الاخرى عن ابي حنيفة ان العشرة يقطع فيها يد السارق مع عظم
حرمة المسلم ولا يقطع فيما دونها فدل علي انها صارت في حكم العظيم وقال في التحفة
ويقبل يعتبر علي قول ابي حنيفة حال المقر ان كان غنيا يقع علي ما يستعظم عند الاغنياء
وان كان فقيرا يقع علي النصاب وقال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الاقرار
لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لانه معلوم القدر فيكون العظيم صفة لعرضه
وذكر في شرح الاقطع ناقلا عن المنتقي في المال القليل انه درهم ونقل في الاجناس
عن نوادر هشام عن محمد لو قال لفلان علي مال لا قليل ولا كثير يلزمه مايتا درهم
لانه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مايتا درهم وقال شمس الايمة
البيهقي في كفايته عن ابي يوسف قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة
لان اقل الدراهم ثلاثة والتضعيف اقله مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم اضعافا

مضاعفة وقال مضاعفة اضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع ضعف فيضاعف ثلاثة
ثلاث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة تقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر وقال
وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال
علي عشرة واضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضممت
الي العشرة كان اربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين الى هنا لفظ الكفاية وقال في شرح
الاقطع وهذا كله اذا قال مال عظيم من الدراهم فان لم يقل من الدراهم صدق في اي جنس
ذكر فان كان فيما يجب فيه الزكاة لم يصدق في اقل نصاب منه وان كان مما لا نصاب له
صدق فيما يبلغ قيمة النصاب وقال في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس او كريم او
خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول مائتان **قوله** ولو
قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول
ابي حنيفة وعندهما يلزمه مائتان ولا يصدق في اقل من ذلك وقال الشافعي
يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي
دنانير كثيرة كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري
في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل قولهما
وجه قول الشافعي انه وصف الدراهم بصفة لا يمكن العمل بها فيلغوا ذكر هذه الصفة
لانه وصف الدراهم بالكثرة واثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير غير ممكن لا باعتبار
الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فما من مقدار من
المقادير يجعل الكثرة صفة له الا ويكون قليلا بمقابلة ما هو اكثر منه واما العرف فان
الناس مختلفون في ذلك فان من الناس من يستكثر مقدارا من الدراهم
ومنهم من يستقل ذلك المقدار واما الحكم فلان الاحكام التي تتعلق بالكثير من المقادير
مختلفة بعضها يتعلق بالعشرة عندكم وبما دون العشرة عندي كالنصاب في
السرقة والمهر وبعضها يتعلق بالمائتين كالزكاة وحرمة الصدقة وبعضها يتعلق
باكثر من المائتين وهو الاستطاعة في باب الحج فاذا تعذر العمل بهذه الصفة لغا
ذكره وكانه لم يذكر صفة الكثرة ولكن قال لفلان علي دراهم ولو قال لفلان علي
دراهم كان عليه ثلاثة دراهم فكذلك هذا ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان العمل
بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رحمه الله امكن
العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من
حيث الحكم حتى لا يلغوا هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم
الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة
وحرمة الصدقة فاما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة
الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الي الكامل من ذلك الاسم
لا الي الناقص واقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة
بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما ولابي حنيفة ان الكثرة
من حيث الحكم غير مذكور نصا وانما يثبت ضرورة ان لا يصير صفة الكثرة لغوا فان
العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت ادنى ما

يصح

يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير
من المال لا بالقليل علي ما روي انه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع
واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة وقال بعض اصحابنا في وجه قول ابي حنيفة ان اكثر
ما يثبت له اسم الدراهم فيما له عدد محصور عشرة واقله ثلاثة فاذا زاد علي العشرة يقال احد عشر
درهما وعشرون درهما ومائة درهم والف درهم بلفظ الواحد فلما وصف الدراهم بالكثرة
وجب ان يلزمه اكثر ما يثبت له الاسم ولا يصدق فيما دونه ولا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين
الثلاثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له
قال الشيخ ابو النصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم
ان الدراهم تفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الي العدد وقوله
عظيم لا يتضمن عددا فوجب ان تحمل علي المستعظم لا من حيث العدد والعظم في الشرع ما يصير
به غنيا فيجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك **قوله** ولو قال دراهم فهي ثلاثة هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ذلك لانه متيقن وما زاد علي
ذلك مشكوك فيه فيتوقف علي البيان قال صاحب الهداية وينصرف الي الوزن المعتاد
اي بين الناس وذلك لان المطلق من الالفاظ ينصرف الي المتعارف وهو غالب نقد
البلد ولا يصدق فيما قل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء
لو قال علي الف درهم فهي علي ما يتعارفه اهل البلد من الاوزان والعدد وان لم يكن شيئا
متعارفا فيحمل علي وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدنانير يعتبر وزن
المثاقيل الا في موضع يتعارف بخلافه ولو قال لفلان علي دريهم او دنينير فعليه التمام
لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم وقد يكون لخفة الوزن فلا
ينتقص الوزن بالشك الي هنا لفظ التحفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال الرجل لفلان
علي مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة او وزن ستة وكان الاقرار
منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق علي النقصان اذا لم يبين وزنها
موصولا بكلامه وكذلك الدنانير وان كان في بلاد يتبايعون علي دراهم معدودة والوزن
بينهم ينقص من وزن سبعة صدق اذا ادعي ان الذي اقر به هو علي وزنهم ولا يصدق
ان ادعي وزنا دون ذلك وان كان نقد البلد مختلفا هو علي الاقل من ذلك الي هنا لفظ
الكافي **قوله** ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر هذا لفظ القدوري في
مختصره قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه واذا اقر الرجل ان لفلان عليه
كذا كذا درهما فانه يلزمه احد عشر درهما والزيادة تقف علي بيانه فان قال كذا وكذا فانه
يلزمه احد وعشرون والزيادة موقوفة علي بيانه وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
يلزمه في قوله كذا وكذا درهما درهم وفي قوله كذا وكذا درهمان لان كذا اسم مبهم للواحد
لا للعدد بدليل انه لو اقر فقال له علي كذا وسكت ثم بين بالدرهم الواحد صدق ولو
كان اسما للعدد لم يصدق كما لو قال لفلان علي دراهم ثم بين بالواحد لم يصدق وههنا
لما صدق علمنا انه اسم مبهم للواحد الا ان الواحد مجهول لا يدرى مماذا فاذا قال درهما
فقد فسره بالدرهم واذا صار الدرهم تفسيرا للواحد الذي اقر به مبهما وكرر ذكره
بغير حرف العطف فكانه كرر الدرهم بغير واو العطف ولو كرر الدرهم يلزمه درهم

واحد فكذا هذا ولنا انه ذكر عددين مبهمين بغير حرف العطف وذكر في احدهما درهما بالنصب
فيجعل عبارة عن عددين مصرحين ليس بينهما حرف العطف يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما
بالنصب واقل ذلك احد عشر واكثره تسعة عشر فانه يقال احد عشر فانه يقال احد
عشر درهما الي تسعة عشر الا ان الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تتقف على بيانه
واذا قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفا احدهما على الاخر بواو العطف
وذكر عقيبهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف
يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالنصب واقل ذلك احد وعشرون واكثره تسعة وعشرون
الا ان الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تتقف على بيانه ولا يجوز ان يجعل كذا كذا عبارة
عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وانما يذكر بالرفع فيقال
واحد درهم او درهم واحد قوله انه اسم مبهم للواحد للعدد وفيه نظر لان اهل اللغة قالوا
كم وكذا كنايتان عن العدد على سبيل الابهام قوله ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق
في اقل من احد وعشرون هذا لفظ القدوري في مختصره وقد من بيانه وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله قوله ولو قال كذا درهما فهو درهم فهو ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
ولم يذكره في الاصل وقال الامام شرف الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري
العقيلي البخاري في كتاب المنهاج وان قال له علي كذا درهما لزمه ما يبينه اقول كان ينبغي
ان يلزمه في هذه احد عشر لانه اول العدد الذي يقع مميزها منصوبا هكذا نقل عن اهل
اللغة واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر
الاسرار واذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب
وذلك يكون من عشرين الي تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن قوله
وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الالف لان ذلك نظيره
ذكره تفريعا قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ولو قال لفلان علي
كذا وكذا وكذا درهما فانه يلزمه مائة وواحد وعشرون لانه ذكر ثلاثة اعداد مبهمة وذكر
بين الاول والثاني والثالث حرف العطف وذكر الدرهم عقيب الكل بالنصب
فيجعل عبارة عن ثلاثة اعداد مصرحة ذكر حرف العطف بين الاول والثاني والثالث
ويستقيم ذكر الدرهم بالنصب عقيبها واقل ذلك مائة وواحد وعشرون وان قال
اربع مرات كذا وكذا وكذا وكذا فانه يلزمه الف ومائة وواحد وعشرون لانه ذكر
اربعة اعداد وذكر واو العطف بين الاول والثاني والثالث والرابع وذكر الدرهم
عقيبها بالنصب فيجعل عبارة عن اعداد مصرحة على هذا الوجه يستقيم ذكر الدرهم
عقيبها بالنصب واقل ذلك الف ومائة وواحد وعشرون درهما هذا كله اذا
قال بالنصب فاما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم
قال خواهر زاده هكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم
عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض
واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاث مائة لانه ذكر عددين
مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل
ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف

العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي في باب الاقرار بشي غير مسمى المبلغ واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا وكذا
دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر
فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما
كان عليه احد عشر منهما جميعا لانه اقر بعددين من جنسين فوجبا منهما جميعا وكيف
يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى
الي الكسر وليس في لفظه ما يدل علي الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من
الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم
اقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا كذا ذكر علاء الدين الاسبيجابي قوله وان
قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين وهذه من مسايل الاصل ولم يذكره في الجامع
الصغير والقدوري لم يجعل لفظ قبلي اقرارا بالدين بل جعلها اقرارا بالامانة حيث قال
في مختصره واذا قال له علي فقد اقر بدين وان قال عندي او قبلي فهو اقرار
بامانة في يده وكان قياس وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكره
في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسايل الجامع الصغير والقدوري ه
والزوايد عليها مذكورة تفريعا لان صاحب الهداية لما راى المذكور في الاصل هو
الاصح قدمه ولهذا لم يذكر في الهداية غير ما ذكره في الاصل اما قوله علي فلما كان اقرارا
بالدين بسبيل الاقتضا وان لم يذكر الدين صريحا لان كلمة علي تستعمل في الايجاب
قال تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة
الدين لا العين فصار مقرا بالدين مقتضى قوله علي والثابت اقتضا كالثابت نصا
ولو نص فقال لفلان علي الف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك
هذا واما قوله قبلي ينبي عن معنى الضمان ولهذا سمي الكفيل قبيلا والصك قبالة
يقال تقبل به اي تكفل فكان اقرارا بالدين ولان قوله قبلي وان كان يستعمل في الايجابات
والامانات ولهذا يقال لفلان قبلي وديعة وقبلي امانة غلب استعماله في الايجاب
والمطلق من الكلام ينصرف الي ما هو الغالب في الاستعمال كالدراهم المطلقة تنصرف
الي نقد البلد وجه ما قال القدوري ان قبلي لما كان مستعملا في المضمون والامانة
كان محتملا فلم يلزمه الضمان بالشك واريد الامانة لتيقنها لكونها اقل من المضمون
والدليل علي انه مستعمل فيهما جميعا ما ذكر محمد في الاصل اذا قال لا حق له على فلان
بري فلان مما هو مضمون عليه فان قال لا حق لي عنده فهو بري مما اصله الامانة
وان قال لا حق لي قبل فلان بري مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه
قبله قوله ولو قال المقر هو وديعة اي في قوله علي او قبلي قوله ولو قال عندي
او معي او في يدي او كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وهو من مسايل
الاصل اما كلمة عنده فلانها تستعمل في الامانات ومطلق الكلام ينصرف
الي ما هو المتعارف فصارت الامانة مذكورة عرفا ان لم تصر مذكورة نصا ه
واقتضا والثابت عرفا كالثابت نصا واقتضا واما اذا قال لفلان معي الف

درهم فهي وديعته لان مع في غالب الاستعمال يستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل
علي ما عليه المتعارف وكذلك لو قال له في منزلي الف درهم او في بيتي او في كيسي او
في صندوقي كان اقرارا بالوديعة لان ما في بيته او في منزله او صندوقه لا يتصور ان
يكون دينا في ذمته فصار مقرا بالعين مقتضي قوله في منزلي او في كيسي ولان كل ذلك
اقرار بكون الشي في يده واليد يتنوع الي ضمان وامانة والثاني اقلهما فيثبت لتيقنه
قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الاقرار
بالفاظ مختلفة وان قال له في مالي مائة درهم او قال في دراهمي هذه مائة درهم
فهذا اقرار بالشركة لانه اذا اختلط ماله بماله كان شريكا له فيه ولو قال له من مالي الف درهم
او قال له من دراهمي هذه درهم فهذه هبة ولا يجوز الا ان يدفعها اليه لانه متي قال من مالي
استدعي ان يكون بعضا مما كان مملكا له ولا يصير الا بالهبة فكان هذا اللفظ هبة فيتوقف
حكمه علي القبض ولو قال له في مالي الف درهم لاحق لي فيه فهذا اقرار بالدين لانه اقرار
بالف انقطع حقه عنها في ماله فيومر بالتسليم اليه كذا في شرح الكافي وجعل في اول
كتاب الكفالة من التحفة قوله هو لك عندي او هو لك قبلي من الفاظ الضمان
والكفالة وجعل قوله لفلان عندي كذا اقرارا بالوديعة وفرق لان قوله عندي يحتمل
هو في يدي ويحتمل هو في ذمتي فيقع علي الادني وهو الوديعة فاما الدين فلا يكون
الا في الذمة ولا يكون في اليد فيحمل علي الوجوب **قوله** ولو قال رجل لي عليك الف فقال
اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار هذا لفظ القدوري في مختصره
الاصل هنا ان ما لا يصلح الابتدا به من الكلام ويصلح للبنا فانه يجعل مربوطا بما تقدم
ذكره ويعتبر به حتي يفيد ولا يلغو لانه لا يلغي من كلام العاقل ما امكن واذا كان يصلح للابتدا
ويصلح للبنا فانه يجعل للابتدا ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتي لا يلزمه المال
بالشك قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب
ما يكون اقرارا واذا قال الرجل للرجل اقضني الالف التي لي عندك فقال نعم او
قال ساعطيكها او غدا اعطيكها او سوف اعطيكها او اقعد فاتزنها او اقعد
فانتقدها او اقعد فاقبضها او قال لم يحل بعد او قال اتزنها واعددها او قال خذها
او ارسل غدا من يتزنها او من يقبضها او قال ليست عندي اليوم او ليست
بمهياة اليوم يكون ذلك اقرارا لان الكلام خرج جوابا للخطاب والها كناية عن المذكور السابق
فيستدعي وجودها في وجوبها وكذا لو قال اجلني فيها كذا لان التاجيل في الدين
يستدعي وجوب الدين او قال نفسني فيها او قال ما اكثر ما تتقاضانيها او قال غممتني
بها او لزمتني بها او اذيتني فيها او قال والله لا اقضيكها او لا اوديها اليك اليوم
او لا تاخذها مني اليوم فهذه الالفاظ كلها تدل علي الوجوب لان الها كناية عن المذكور
في الخطاب فصار مقرا بها وكذلك لو قال حتي يدخل علي مالي او حتي يقدم علي
غلامي فهذا كله اقرار يلزمه لانه اقر بوجوب الادا عليه لكنه طلب منه التاخير
وطلب التاخير انما يكون في دين واجب فيكون اقرارا بالوجوب وان قال
اتزن او انتقد او خذ فليس بشي منه باقرار لانه امر بالفعل غير مضاف الي محل معين ولا يكون

اقرارا

اقرارا وكذلك الحكم في ساير الديون ولو قال اقبض الدراهم التي عليك فان غرمائي لا يدعونني فقال
احل بها علي بعضهم او من شيت منهم او ايتني برجل منهم اضمنها او يحتال بها علي فهذا كله
اقرار لان الها كناية عن الالف المذكورة في الاقتضا فيستدعي وجوبها ليصح ضمانها وقبولها
واذا تقاضا بمائة درهم فقال قد قضيتكها او قال قد ابراتني منها او قال قد حسبتها لك
او قال حللتني منها او قد وهبتها لي او قد احللتك بها او تصدقت بها علي فهذا كله اقرار
لانه لما طالبه بالادا اجابه بدعوى المبري والبراة بعد الوجوب فيكون اقرارا بالوجوب
كذا في شرح الكافي قال في تهذيب ديوان الادب وزن المعطي فاتزن الاخذ
كما يقول نقد المعطي وانتقد الاخذ وكذلك كال فاكتال **قوله** قال ومن اقر بدين موجل
فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه اقر له بمال وادعي ثبوت حق فيه لنفسه وهو الاجل فلا يصدق كما اذا
اقر بعبد في يده لغيره وادعي الاجارة لا يصدق في دعوي الاجارة ولا يشبه ذلك ما اذا اقر
بدراهم سود حيث يصدق في دعوى السواد لان السود صفة للدراهم ولا يلزمه غير ما
اقر به بخلاف دعوى الاجل فانه ليس بصفة في الديون الواجبة لا بعقد الكفالة كالقروض
وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا اذا اطلقت
صارت حالة فكان القول قول من انكر الاجل مع اليمين لانه انكر العارض بخلاف ما اذا
قال ضمنت لك عن فلان بمائة درهم الي شهر فانكر المقر له الاجل فالقول قول الضامن
لان الاجل في الكفالة ليس بعارض ولهذا يثبت من غير شرط بان قال كفلت لك
بما لك علي فلان وعلي الاصيل دين موجل يكون موجلا علي الكفيل من غير شرط فكانت
الكفالة الموجلة احد نوعي الكفالة فيصدق المقر في دعوى الاجل لان اقراره باحد النوعين
لا يجعل اقرارا بالنوع الاخر فيلزمه ما اقر لا غير **قوله** وقد مرت المسيلة في الكفالة
اي قبل باب كفالة الرجلين عند قوله ومن قال لاخر لك علي مائة درهم الي شهر فقال
المقر له هي حالة **قوله** قال ويستحلف المقر له علي الاجل اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه منكر للاجل وعلي المنكر اليمين لقوله عليه السلام البينة علي المدعي واليمين
علي من انكر **قوله** وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه
ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا
قال له علي مائة ودينار او قال مائة ودرهم او مائة وقفيز حنطة او مائة وفلس او مائة
ومن زعفران فالقياس ان يلزمه المعطوف ويرجع في بيان المعطوف عليه
الي المقر وبالقياس اخذ الشافعي رحمه الله ولكن استحسن علماونا في المكيل والموزون
والعددي المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وصاحب الاسرار وان قال له علي مائة وثوب
او مائة وشاة او مائة وعبد يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه
اليه بالاتفاق ولو قال مائة وثلاثة دراهم او قال وثلاث شياه او وثلاثة اثواب
يكون المعطوف البيان في المعطوف بيانا في المعطوف عليه بالاتفاق والحكم
في قوله مائة وثوبان مثله في قوله مائة وثوب وان قال ثوبان اثنان لا رواية
فيه كذا في مختصر الاسرار وجه قوله انه مفسر معطوف علي مبهم فلا يكون تفسيرا

للمبهم كما في قوله مائة وثوب ومائة وشاة ومائة وعبد ولنا انه مقدر مفسر عطف على مبهم
مقدر فوجب ان يكون من جنس واحد كما في قوله له علي مائة وخمسون درهما او ثوبا او شاة
والتحقيق في الباب ان يقال ان حذف المميز في المعطوف عليه والاكتفاء بالبيان في المعطوف
ايجازا واختصارا ثابت عرفا وعقلا اما العرف فكما في الصور المذكورة والثابت عرفا
كالثابت نصا واما العقل فلان المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة شيء واحد من حيث
لا وجود للعطف الا بهما كالمضاف والمضاف اليه لا وجود للاضافة الا بهما ثم البيان
في المضاف اليه بيان للمضاف كقولك ثلاثة رجال فكذلك البيان في المعطوف بيان
للمعطوف عليه ثم الحذف للاختصار انما يكون فيما فيه كثرة الاستعمال الا في المقدرات
من المكيل والموزون وفي العددي المتقارب لانها تكثر في عقود التجارات وتثبت
في الذمة حالا ومؤجلا فاستثقلوا تكرار ذكر التمييز في المعطوف والمعطوف عليه
فحذفوه عن المعطوف عليه اوذا تاكما في الجمع كقولك مائة وثلاثة دراهم او ثلاثة اثواب
او ثلاثة اشياء بخلاف ما قاس للشافعي رحمه الله فانه ليس بكثير الاستعمال لانها لا تثبت
في الذمة في جميع المعاملات بدليل انها لا تثبت في الذمة قرضا ولا بيعا مطلقا
الا في السلم او ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة باجل فليس بكثير ايضا
ذاتا لانه ليس بلفظ الجمع فلم يكن البيان في المعطوف بيانا في المعطوف عليه وقد
مر ان الثياب يثبت دينا في الذمة بطريق السلم وبطريق الثمن اذا وصفت
في اوائل البيوع عند قوله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الاقرار بشيء غير مسمى المبلغ
من شرح الكافي ولو قال له علي مائتا مثقال فضة وذهب فعليه من كل
واحد منهما النصف لانه جعل الواجب منهما جميعا من غير تفصيل فتنصف في القول
في الجودة والرداءة قوله قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد لانه اذا اقر بالف
من ثمن مبيع ثم قال هي زيوف يصدق اذا وصل وعند ابي حنيفة لا يصدق وصل
ام فصل وقيل هذا بالاتفاق لان ابا حنيفة انما اوجب عليه الجياد لانه اقر بثمن
المبيع والسلامة مستحقة بمقتضى البيع اما ههنا اقر مطلقا والشيء يجب في الذمة
تارة بوصف السلامة وتارة لا بذلك الوصف فكان مجهولا فصير الى بيانه وقيل
المراد به الجودة والرداءة من حيث اللون لان النقرة باصل التخليق قد يكون بيضاء
وقد يكون فيها نوع سواد ولا يريد به الجودة من حيث العيار والغش وكذا في هذا
جميع ما يقربه من الكيل والوزن والثياب وغيرهما قرضا او سلما او غصبا او وديعة
او بيعا او شراء او مهرا في نكاح او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك لان هذه اسباب
الوجوب والحكم متحد في جميع ذلك ولو قال له علي كر من حنطة وشعير وسمسم
كان من كل واحد منهن الثلث لان تفسير الكر الواجب بهذه الاجناس الثلاثة لتنتفي
الابهام بالسوية كذا ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله قوله قال ومن اقر بتمر
في قوصرة لزمه التمر والقوصرة اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة وكذلك الحكم اذا قال
غصبت الطعام في السفينة او قال غصبت الحنطة في الجوالق حيث يلزمه

الظرف

الظرف والمظروف جميعا قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ولو
اقر انه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه لان
كلمة في للظرف يقال جعلت الدرة في الحقة والحنطة في الجوالق وقد امكن العمل بحقيقته
على موافقة العادة الجارية فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفا
للثوب واذا امكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب اعتباره صار مقرا
بغصب ثوب مظروف في منديل ولا يتصور غصب ثوب مظروف في منديل
الا بعد غصب الثوب والمنديل جميعا فانه متى غصب الثوب دون المنديل
لا يكون غاصبا لثوب مظروف في المنديل فصار مقرا بغصب ثوب في منديل
الا انه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان اليه وكذلك لو قال غصبتك عشرة
اثواب في عيبة كان مقرا بغصب عشرة اثواب وعيبة فيرجع في البيان
اليه كما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل وكذلك الحكم في غصب التمر في القوصرة
لان ايقاع فعل الغصب على التمر فيها لا يكون بدونها فيلزمانه وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا او كذا مع كذا او
قال كذا بكذا او قال كذا عليه كذا لزماه جميعا لان هذه الالفاظ تقتضي اتصال
احدهما بالاخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحدة ولو قال كذا من كذا
وكذا على كذا لزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق
ورود الغصب عليهما ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للاول
لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما اشبه ذلك لان مظروفه في حالة
ورود الغصب عليه فيرد على ظرفه ضرورة وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول
نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الدرهم لا يصلح ظرفا لدرهم
مثله وان كان مما لا يكون في وسطه نحو قوله غصبتك ثوبا في عشرة اثواب فيه
خلاف بين ابي يوسف ومحمد وسيجيء بيانه بعد هذا القوصرة وعاء للتمر منسوج
من قصب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح
من كانت له قوصرة ياكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت
قوله بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع ووجهه ان كلمة
من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمتهما الا ان معناه ان من موضوعة
للانتزاع وكذا اذا قال غصبت طعاما من بيت او من ظهر دابة قوله ومن اقر
بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان غصب
العقار لا يتحقق عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يلزمه الا الدابة وعند محمد
العقار يضمن بالغصب فيلزمانه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت
في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت وابو حنيفة وابو يوسف لا يريانه
يضمن الطعام لا غير ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم احوله لم يصدق
واخذ بهما جميعا في قول محمد لانه اقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون
الا بالنقل فاذا قال لم احول الطعام فقد انكر بعد ما اقر فلا يصدق قوله قال

ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص أي قال القدوري في مختصره وذلك لان اسم الخاتم يتناول
الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما الاسم
لزماه جميعا بالاقرار **قوله** ومن اقر له بسيف فله النصال والجفن والحمايل هذا لفظ
القدوري في مختصره لان الاسم يتناول الجميع عرفا فلزمه الجميع والجفن غمد السيف **قوله**
ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لان اسم الحجلة يتناول جميع ذلك عرفا فيلزمه الجميع
قال في الصحاح الحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة قال في الجمهرة حجلت العروس
اذا اتخذت لها حجلة **قوله** وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا هذا لفظ
القدوري في مختصره وقدم بيانه **قوله** وكذا لو قال علي ثوب في ثوب اي يلزمه
الثوبان جميعا لانه اقر بغصب ثوب مظروف في ثوب ولا يتحقق ذلك الا
بغصبهما جميعا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لو قال غصبتك ثوب
يهودي في زطي كان مقرا بغصب يهودي وزطي وذلك لانه اقر بغصب
ثوب يهودي مظروفا في زطي ولا يتصور غصب اليهودي مظروفا في زطي
الا بعد غصبهما **قوله** وان قال ثوبا في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي
يوسف وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا وهذا لفظ القدوري في مختصره وجه قول ان كلمة
في حقيقتها للظرف وقد امكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز وذلك لان الثوب الواحد
قد يلف لعزته في عشرة اثواب او يلف فيها اذا كان نفيسا من انسان احتياطا
في صيانته فصار مقرا بغصب ثوب مظروف في عشرة اثواب ولا يتحقق الا
بغصب الكل ولابي يوسف رحمه الله ان العادة لم تجر بان يكون العشرة
ظرفا للواحد فيترك الحقيقة بدلالة العادة ويحمل كلمة في على المجاز ويجعل بمعنى
البين والوسط كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير كانه قال غصبت ثوبا من
وسط عشرة اثواب فلا يلزمه الا ثوب واحد لان كلمة في لما جاء استعمالها في ما قلنا
كما استعملت للظرف لم يلزمه الا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه والمال
لا يجب بالشك والاحتمال لان الاصل في الذمم هو البراءة لانها خلقت بريه عن
الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك
درهما في درهم او درهما في حنطة حيث لا يلزمه الحنطة لانه خلاف العادة فكذا
هذا على انا نقول ان كل ثوب من العشرة موعى اي مظروف في حق ما وراءه
وليس بوعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فتعذر حقيقة في بان يجعل العشرة وعاء
للثوب الواحد فتعين ما قلنا من حملها على معنى البين وقال الشافعي رحمه الله في
قوله غصبت ثوبا في منديل وتمرا في قوصرة ونحو ذلك لا يلزمه الظرف
لانه اقر بالمظروف دون الظرف وقاس على دابة في اصطبل ونخلة في بستان
والجواب ان فعل الغصب لا يمكن ايقاع الفعل في الثوب الملفوف دون ظرفه
او في التمر في القوصرة دون القوصرة وفي الاصل يمكن ايقاع الفعل في الدابة دون
محلها فلذلك لم يدخل في ضمانه فبطل القياس ويبطل ايضا بما لو قال غصبت ثوبا
في لفافة قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر انه غصبه ثوبا من عيبة
او غرارة من قوصرة او طعاما من بيت او من ظهر دابة ضمن الثوب والتمر والطعام دون

العيبة والقوصرة والبيت والدابة لانه ما اقر بغصب هذه الاشيا لان الغصب منها لا يدل
على غصبها **قوله** ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة
هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وقال الحسن يلزمه خمسة
وعشرون اراد به الحسن بن زياد صاحب ابي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن
كذا في كتاب التقريب وجه قول زفر ان قوله خمس في خمس يعبر به في العادة عن
خمسة وعشرين فصار الخمسة وعشرين عبارتان فيلزمه باحديهما ما يلزمه بالاخرى
ولنا ان الخمسة لا تصير خمسة وعشرين الا بضم عدد اليها ليس بمذكور في لفظه فلم يجز
الزامه ولان في قد تذكر على وجه الشرط وذلك لا يصح في الاقرار وقد تذكر بمعنى مع
كقوله تعالى فادخلي في عبادي وقد تكون بمعنى على كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع
النخل وقد تكون بمعنى الظرف وذلك لا يصح في الدراهم وقد تكون بمعنى الضرب والحساب
وذلك في الحقيقة يتاتى فيما له مساحة فاما الاعداد فلا مساحة لها فلا يصح فيها الضرب
وانما تذكر على وجه التشبيه بما له مساحة ومعناه خمسة دراهم اذا ضمت الى مثلها
اربع مرات كانت خمسة وعشرين وذلك لم يتضمنه لفظ الاقرار فلا يلزمه قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بالفاظ مختلفة قال
ابو حنيفة رحمه الله اذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم تعليه العشرة
الاولى لان كلمة في تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا لعشرة اخرى فلغا قوله في
عشرة وبقي قوله لفلان علي عشرة وكذلك لو قال في عشرة دنانير الا ان يقول عنيت
هذه وهذه لان كلمة في تذكر ويراد بها مع قال تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي
ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف اليها الا بالنية ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه
الدرهم والقفيز باطل لان القفيز وان صلح ظرفا للدرهم لكنه التزم المظروف دون
الظرف فلا يلزمه الظرف وبيانه ما قال خواهر زاده انه اقر بدرهم في الذمة
وما في الذمة لا يتصور ان يكون مظروفا في شي اخر ولو قال له علي قفيز حنطة في
درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح ظرفا له وكذلك لو قال له علي فرق
زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل لانها لا تصلح ظرفا كذا في شرح
الكافي **قوله** وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق ولم يذكر هذه المسيلة صاحب
الهداية ثمه صريحا بل فهم ذلك بالاشارة من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر في قوله
انت طالق ثنتين في ثنتين وقد اراد الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان
وعنده ثلاث وانما ذكر مسيلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شرح الجامع
الصغير قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم او معه درهم لزمه
درهمان لان كلمة مع للجمع فصار كانه قال له علي درهمان وكذلك لو قال قبله درهم
او بعده درهم لانه اخبار عن حالة الوجوب فقد اقر بوجوب درهم اخر سابقا عليه
او متاخرا عنه فيوخذ به وان قال درهم فدرهم او درهم ودرهم لزماه جميعا لانها تقتضي
الجمع والمقارنة في الوجوب وان قال له علي درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين
هذا وبينما اذا قال لامراته انت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار
فيجعل الثاني موكدا للاول والطلاق انشا والتاكيد لا يدخل في الانشا فكان الثاني غير

الاول فاقتضى وقوع طلاق اخر ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهمان الباء للبدلية يعني عوضه
درهم فهذا اخبار عن الوجوب كان بطريق المعاوضة وكذلك لو قال له علي درهم علي درهم
لانه وصف الاول بالوجوب والثاني بكونه موصوفا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه
درهم واحد ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لانه اقر بوجوب الدرهم
سابقا على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم وهذه المسايل ذكرناها تكثيرا للفوايد
وفي قوله درهم فدرهم عند الشافعي رحمه الله يلزمه درهم واحد وعرف ذلك في اصول
فخر الاسلام وغيره في باب حروف المعاني **قوله** ولو قال علي من درهم الى عشرة او قال
ما بين درهم الى عشرة لزمته تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية
وقالا يلزمه العشرة كلها وهذه من مسايل القدوري وعند زفر يلزمه ثمانية وعلى هذا الخلاف
اذا قال انت طالق من واحدة الى ثلاث فعند ابي حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث
وعند زفر يقع واحدة لان الحد لا يدخل تحت المحدود كما في قوله بعت من هذا الحايط الى هذا
الحايط وعندهما يدخل الغايتان جميعا لان الغاية قد تخرج من الكلام وقد لا تخرج فلا تسقط بالشك
ما تضمنه لفظه ولابي حنيفة رحمه الله ان الابتداء لو سقط لصار ما بعده ابتداء وذلك
لا يصح لان ما بعده ليس بابتداء فلذلك لزمه الابتداء ولم يسقط ولان ما يبتدي الانسان
هو المقصود من الكلام وما بعده فرع عليه فلا يجوز اسقاط المقصود من الكلام واما الغاية
فلا حاجة اليها ليكون ما بعدها مبنيا عليها وهي قد تدخل في الكلام وقد لا تدخل فلا يجوز
اثباتها بالشك وقد بيناه اتم من هذا في باب ايقاع الطلاق وذكرنا اعتراض الاصمعي
على زفر وجوابه ايضا ثمه والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي
الغاية الثانية قياس واستحسان وما قالا في الغايتين استحسان وما قال زفر فيهما
قياس كذا ذكر خواهرزاده في مبسوطه لكن بغير هذه العبارة قال القدوري في
كتاب التقريب قال ابو حنيفة فيمن قال لفلان علي ما بين كر شعير الى كر حنطة
لزمه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة ان الغاية لا تكون
اكثر الشي ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب ان يعتبر الاسم
الى احدهما ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن انه قال لو قال له علي من درهم الى دينار
لم يلزمه الدينار وهذا يوجب ان تكون الغاية اكثر الشي

فصل

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى به له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار
صحيح وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الاقرار لما في البطن على ثلاثة اوجه ان
بين وجها يستقيم به وجوب المال للجنين صح الاقرار كما اذا قال لما في بطن فلانة
علي من جهة وصية اوصى بها له فلان بعينها او ميراث ورثها من ابيه او غيره
فاستهلكتها عليه وصار ذلك دينا للجنين علي او كان لفلان علي الف درهم
واوصى بها لما في بطن فلانة ومات او كان لابيه او قريب له اخر مات وتركها
ميراثا له وذلك لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما
اقر به فكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال وهذا لان الاقرار صدر من مكلف
مضافا الى الجنين وهو اهل ان يجب له عليه دين بهذا السبب لانه اهل لان
يتملك المال بالميراث والوصية وان كان لا يملكه بالتجارة ولم يتيقن بكذبه لجواز

ان يكون الامر كما اقر به وان بين وجها لا يستقيم وجوب المال به للجنين فانه لا يصح اقراره ولا
يلزمه شي بان قال لما في بطن فلانة علي الف درهم بالبيع او الاجارة او الاقراض فان
الاقرار لم يضف الى محله فان الجنين ليس من اهل ان يستحق دينا على احد بالتجارة لان
الجنين لا يتجر ولا يتجر له واذا لم يكن الجنين اهلا لاستحقاق الدين بالسبب الذي اقر
به كان ما اقر به للجنين بسبب التجارة كذبا بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون
وجوده وعدمه بمنزلة فكان كمن اقر انه قطع يد فلان عمدا وخطا ويد فلان صحيحة لا يلزمه
بهذا الاقرار شي لانه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو اقر لرضيع ان له عليه
الف درهم دين بالبيع او الاجارة لان الرضيع من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب
بتجارة وليه لانه يتجر له ان كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين وان اقر مطلقا
ولم يفسر اقراره وهو معنى قوله في المتن وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وقال محمد يصح لان الاصل في كلام العاقل ان يصحح مهما امكن وقد امكن بالحمل على انه
استهلك مال الجنين فيحمل عليه ولابي يوسف انه لا يمكن تصحيح هذا الاقرار الا
بتعيين جهة وهو الغصب او الجحود وانه محظور والسبيل فيه النفي دون التقرير
فلما لم يمكن تصحيح الاقرار الا بتعيين جهة وهو الغصب او الجحود وانه محظور
والسبيل فيه النفي دون التقرير فلما لم يمكن تصحيح الاقرار صار كانه اقر بدين لبهيمة
فلم يجز ولان مطلق الاقرار بالمال محمول على الالتزام بالعقد فكانه فسره به لان دينه
وعقله يمنعانه من الاستهلاك لانه حرام ويدعوانه الى الالتزام بالعقد ولهذا اذا اقر
احد المتفاوضين بمال مطلق يلزم شريكه والعبد الماذون اذا اقر بالمال مطلقا
يصح اقراره ويوخذ به في الحال فحمل اقراره مطلقا على جهة التجارة فكذلك هنا يحمل
مطلق الاقرار على جهة التجارة لا يتصور هي من الجنين فلم يصح الاقرار له بمطلق المال
قال شيخ الاسلام ابو بكر الحسن بن الحسين بن البخاري المعروف بخواهرزاده في
مبسوطه اذا اقر الرجل عليه الف درهم لما في بطن فلانة لاقل من ستة اشهر فالاقرار
باطل اذا سيل المقر عن السبب ولم يفسر عند ابي يوسف عند محمد جايز لانه
اقر لما في البطن مطلقا ولم يفسر وقد تيقن بوجوده وقت الاقرار فتكون المسيلة
على الاختلاف وكذلك ان جات لسنتين او اكثر عند ابي يوسف لان الاقرار عنده
باطل متى اقر لما في البطن مطلقا ولم يفسر وان تيقن بوجوده وقت الاقرار
فاذا وقع الشك في وجوده وقت الاقرار اولى واما على قول محمد ان كان اب
الجنين حيا ووطي ام الجنين له حلال فالاقرار له باطل اذا جات به لسنتين
من وقت الاقرار لان الوطي حلال للاب فيحال بالعلوق الى اقرب الاوقات
فلا يثبت الوجود وقت الاقرار لا حقيقة ولا حكما فاما اذا كان اب الجنين
ميتا فان الاقرار صحيح عنده اذا جات به لسنتين لانا حكمنا بوجوده وقت
الاقرار من حيث الحكم لان الاب غير متمكن من وطي امه متى كان ميتا فيكون
العلوق محالا الى ما قبل الموت كما في المطلقة واذا احيل الى ما قبل الموت
فقد حكمنا بوجوده وقت الاقرار من حيث الحكم وان جات به لاكثر من سنتين
فانه لا يصح الاقرار لانه لم يثبت وجوده وقت الاقرار لا من حيث الحقيقة

ولا من حيث الحكم وقال شيخ الاسلام علا الدين ابو الحسن علي بن محمد المعروف بالاسبيجابي
في شرح الكافي ولو اوصي لدابة رجل ان يعلف بعد موته جازت الوصية لانها وصية
لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فتصير ذكرها للتعيين المصرف قوله لانه
اقرار في الحقيقة لهما اي لان الاقرار للحمل ثلانه اقرار في الحقيقة للموصي للحمل وللمورث لان
المقر قال اوصي له فلان وهذا اقرار بملك الموصي وقال مات ابوه فورثه وهذا اقرار بملك
المورث وانما ينتقل الملك الي الجنين اذا ولد حيا فلما لم يولد حيا لم ينتقل اليه فيقسم
المقر به بين ورثة الموصي للمورث قوله ولو جات بولدين حيين فالمال
بينهما ولا تفاوت بين ان يكون احدهما ذكرا والاخر انثى لان الذكر والانثى
سواء في الوصية وان كان احدهما ميتا كانت الوصية كلها للحي كما اذا اوصي لحي
وميت كان المال كله للحي ولو ولدت حيا ثم مات كان المال ميراثا لورثته وفي
الميراث للذكر مثل حظ الانثيين قوله ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شي
لانه بين مستحيلا حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لانه لا يبيع ولا يقرض واما
حكما فلانه لا ولاية لاحد عليه حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرفه فيصير مضافا اليه
من هذا الوجه لا يقال انه رجوع فلا يصح لانا نقول لا نسلم بل هو بيان بسبب يحتمل
فيصح قوله وهذا حمل اقرار العبد الماذون واحد المفاوضين عليه اي على الاقرار بسبب
التجارة يعني اذا اقر احد شريكي المفاوضة يلزم اقراره لشريكه الاخر لانصرافه
الي جهة التجارة قوله فيصير كما اذا صرح اي يصير المقر كما اذا صرح بدين التجارة
ولو بان قال علي لما في بطن فلانة كذا بالتجارة كان فاسدا فكذا هذا قوله قال
ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان هذا الاقرار له وجه صحيح يمكن حمله عليه بان اوصي به له مالك الجارية
ومالك الشاة فوجب حمله عليه ولكن يصح بيع الحمل والفرق لابي يوسف بين
هذه المسيلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسيلة الاولي حيث لم يجوز الاقرار
للحمل اذا ابهم الاقرار ان هنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولي
فان طريق التصحيح ليس بمتعين لازدحام الميراث والوصية والي ذلك اشار
محمد رحمه الله في الاصل لابي يوسف قال ارايت لو ولدت غلاما وجارية كيف
يقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية وفيه
اشارة الي ان جواز الاقرار متعذر لاحتماله وجهين ارثا ووصية قوله قال
ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اقر الرجل لرجل بدين او بغصب
او غصب او وديعة او عارية قايمة او مستهلكة علي انه بالخيار فيه ثلاثة
ايام فالاقرار جائز والخيار باطل لان الاقرار اخبار والاخبار لا يدخل في الخيار سواء
صدقه صاحبه او كذبه الي هنا لفظه رحمه الله وتحقيقه ان الاقرار لا يحتمل
الفسخ والمقصود من الخيار هو الفسخ فلما لم يحتمل الاقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار
ولزمه المال لان المقصود من فسخ الاقرار فسخ المقر به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الاقرار
لان المقر به وجوب الف درهم ووجوبه ما كان بالاقرار حتى ينفسخ بفسخ الاقرار

لان الاقرار اخبار عما كان وليس بايجاب مبتدا واذا لم ينفسخ المقصود من فسخ الاقرار بفسخه
لم يكن الاقرار محتملا للفسخ كما في باب الطلاق والعتاق لما لم يمكن فسخ ما هو المقصود من
الاعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا واورد شيخ
الاسلام خواهرزاده في مبسوطه في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل الاقرار ما يحتمل
الفسخ بعد وقوعه فانه ينفسخ برد المقر له فالجواب عنه ان الرد من المقر له ليس بفسخ
للاقرار لان الفسخ رفع الشي بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر في اقراره ليس برفع الاقرار
بعد ثبوته في حقه بل بيان انه غير ثابت في حقه اصلا لان الاقرار يحتمل الصدق
والكذب فاذا كذبه المقر له ثبت الكذب في حقه لانه اقرار علي نفسه واذا صح
التكذيب في حقه ظهر ان الاقرار لم يكن ثابتا من الاصل لا انه انفسخ في حقه بعد
وقوعه بعد وقوعه بخلاف البيع لانه تصرف يحتمل الفسخ لان ما هو المقصود من
البيع وهو الملك فما ينفسخ بانفساخ البيع لانه ثابت به كان المقصود من فسخ السبب
فسخ حكمه فاذا كان الحكم محتملا للفسخ كان السبب كذلك واذا كان حكم السبب لا يحتمل
الفسخ بفسخ السبب لا يكون السبب قابلا للفسخ فان قيل الاقرار وان لم يكن قابلا للفسخ
فالسبب الذي به وجب المال وهي التجارة قابل للفسخ فيجب ان يصير الخيار
مشروطا في سبب الوجوب وان لم يصح اشتراطه في الاقرار فالجواب عنه ان
سبب الوجوب غير مذكور فانه اقر بالمال مطلقا ولم يذكر السبب وانما يعتبر السبب
مذكورا ضرورة صحة الاقرار فانه اخبار عن امر كان وليس بايجاب مبتدا ولا بد من
سبب اخر للوجوب متقدم علي الاقرار حتى يصح الاقرار واذا ثبت المسبب مقتضي
صحة الاقرار يعتبر السبب مذكورا في صحة الاقرار ولا يعتبر مذكورا في حق صحة اشتراط
الخيار ومدة معلومة طويلة او قصيرة وصدقه المقر له فهو كما قال والخيار له الي اخر المدة
لان الكفالة يلائم اشتراط الخيار لانها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فاذا
جاز اشتراطه في البيع ففي الكفالة اولي ثم قدر الخيار في البيع بثلاثة ايام عند ابي حنيفة
ولا يقدر الخيار في الكفالة بمدة لان اطلاق الخيار ربا في حكم البيع لان حكمه الملك المطلق
وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة ههنا لزوم الدين انه
يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقر له في الخيار لزمه
المال ولم يصدق علي شرط الخيار لانه يدعي عليه التاخير وهو ينكر وان اقر بدين
من ثمن مبيع علي انه فيه بالخيار ثلاثا فهذا دعوى الخيار في البيع فانه صدقه فيه
صاحبه فهو جايز وان كذبه في الخيار فالمال لازم له لان الدين لزمه باقراره فلا يثبت
التاخير الا بدليل قوله لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي كذا قوله ولم ينعدم اي
الاخبار بهذا الشرط الباطل وهو قوله علي اني بالخيار والله اعلم باب

الاستثنا وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في موجبه مع المغير
وهو الاستثنا لان الاصل عدم التغيير قوله قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثنا
ولزمه الباقي اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده في
مبسوطه واذا اقر الرجل بالف درهم واستثنى فقال الا مائة درهم فان الاستثنا
جايز وعليه تسعمائة اما جواز الاستثنا فلانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا

واستثنا ما دخل تحت اللفظ مقصودا جايز اذا كان المستثنى اقل من المستثنى منه عندهم جميعا
فاذا صح الاستثنا صار مقرا بما وراء المستثنى وذلك تسعماية كانه قال لفلان علي تسعماية
فاما اذا قال لفلان علي الف الا تسعماية وخمسين درهما فلان الاستثنا يصح ويكون
عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفرا وهو قول ابي يوسف على ما روي
عنه في رواية الاصول لا يصح الاستثنا ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى
منه كذا ذكر خواهرزاده ووجهه ان من عادة العرب انهم يقصدون بالاستثنا اخراج
الاقل دون الاكثر ونحن نقول لما اذا عرف عمل الاستثنا لم يفرق الحال بين ان تخرج
الاقل او الاكثر **قوله** فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثنا هذا لفظ القدوري
ايضا اذا قال لفلان علي الف درهم الا الفا كان الاستثنا باطلا لان استثنا الكل من
الكل باطل لكونه رجوعا وهذا لان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي بعد استثنا
الكل فيكون رجوعا لا محالة والرجوع عن الاقرار لا يصح وكذلك ان استثنى اكثر من الالف
لانه لما لم يجز استثنا الالف من الالف فلان لا يجوز استثنا الالف وزيادة اولى وهذا
اذا استثنى الجنس من الجنس فاذا استثنى من خلاف الجنس ففيه خلاف نبينه
في المسئلة التي تليه ان شا الله تعالى **قوله** وقد مر الوجه في الطلاق اي في فصل
الاستثنا **قوله** ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم
الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا استثنى من خلاف
الجنس ففيه خلاف فان كان استثنا المقدر من المقدر كما في الصورة المذكورة يصح
الاستثنا عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا ويطرح قدر قيمة المستثنى مما
اقر به والقياس ان لا يصح الاستثنا وهو قول محمد وزفر وان كان استثنى غير المقدر
من المقدر لا يصح الاستثنا عندنا كما اذا قال لفلان علي مائة درهم الا ثوبا قياسا
واستحسانا خلافا للشافعي رحمه الله لان الاستثنا كلام اخر يعارض الصدر بحكمه
وليس من شرطه المجانسة الا ترى الى قوله وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والا
العيس فلا استثنى من خلاف الجنس ولنا ان الاستثنا استخراج وتكلم بالباقي
بعد الثنيا وعليه اهل اللغة فلا بد من المجانسة لان معنى الاستثنا لا يتحقق
الا بان يكون المستثنى داخلا تحت صدر الكلام لولم يكن الاستثنا والدخول تحت صدر
الكلام لا يكون الا اذا لم يكن يوجد المجانسة فيكون الاستثنا لبيان ان المستثنى لم يدخل
في الصدر ووجه ما قال محمد وزفر ان استثنا جنس من خلاف الجنس لا يصح قياسا على
ما استثنى من المقدر ثوبا وحيوانا في الحجة على ابي حنيفة وابي يوسف وقياسا على ما لو
استثنى كلبا في الحجة على الشافعي وهذا لان الاستثنا اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قدر المستثنى ووجه قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمة الله عليهما ان الاستثنا اخراج بعض ما تحت صدر الكلام ولا
يمكن اخراج المستثنى من صدر الكلام في حق التكلم لان ذلك لا يمكن لان الحقايق لا مرد
لها ويمكن اخراجه في حق الحكم وهو الوجوب لان المقدرات كلها جنس واحد
في حق الوجوب بالعقد ولهذا يصح ايجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناؤها فيصير
تقدير الكلام له علي الف الا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عدما في قدره في حق

الوجوب بخلاف ما اذا استثنى غير المقدر حيث لا يصح لان ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا
في نفسه فيكون استثنا المجهول من المعلوم فيفسد ولان الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا
وجوبا في الذمة فان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما او ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب
موصوفة والدراهم تجب مطلقا وهذا معنى قوله لا تجب بمطلق عقد المعاوضة فلم يجز ان
يضم الى اخراره ما لم يتضمن اقراره قال الامام محمد ابن احمد المعروف بالاسبيجابي في
شرح الطحاوي لو قال له علي عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلثة دراهم
الا درهما فانه ينظر الى المستثنى الاخير وهو درهم فيستثنيه من الذي يليه وهو
ثلثة فيبقى درهمان ثم يستثني الباقي وهو درهمان من الذي يليه وهو خمسة فيبقى
ثلثة ثم يستثني الباقي وهو ثلاثة من الذي يليه وهو سبعة فيبقى منها اربعة
ثم يستثني الباقي وهو اربعة دراهم من الذي يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة دراهم
فيلزمه ذلك وكذلك ان ادخل الاستثنا على الاستثنا على هذا القياس وقال
شيخ الاسلام علاالدين علي بن محمد الاسبيجابي في شرح الكافي لو قال لفلان الف درهم
ولفلان مائة درهم الا قيراطا كان الاستثنا من الاخير لان الاصل في الاستثنا ان ينصرف
الى الذي يليه ولو قال لفلان علي الف درهم ولفلان مائة دينار الا درهما من الالف
كان كما قال لانه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثنا اليه ولو لم يبين انه
من الالف جعلته من الدنانير لان الاصل ان ينصرف الاستثنا الى ما يليه والذي
يليه الدنانير ولو اقر لرجل واحد فقال له علي الف درهم ومائة دينار الا درهما جعلت
الاستثنا من الدراهم لان الاصل ان يصرف الاستثنا الى ما هو جنس له من كل وجه
الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لان المستحق واحد وكذلك لو قال له علي كر حنطة
ودرهم الا قفيز حنطة فان كان الانسان واحد جعلت الاستثنا من نوعه استحسانا
لان الصرف اليه اولى لانه جنس له من كل وجه كذا في شرح الكافي وقال فيه
ايضا لو قال لفلان علي الف درهم استغفر الله الا مائة درهم فالاستثنا باطل لان
قوله استغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلايم الاخبار والاقرار
فصار فاصلا وروي عن ابي حنيفة انه لا يصير فاصلا لانه يستعمل في العرف لاستدراك
الغلط فصار كانه قال غلطت الا مائة درهم فلا يعد فاصلا ولو قال لفلان علي
الف درهم سبحان الله الا خمسين درهما لم يكن استثنا لان التسبيح لا يذكر لاستدراك
الغلط في مجرى العادة فكان نسقا اخر فعد فاصلا ولو قال لفلان علي الف درهم
يا فلان الا عشرة دراهم كان الاستثنا جايزا لانه اخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص
وهذه صيغته فلا يعد فاصلا ولو قال لفلان علي مائة درهم فاشهدوا علي بها الا عشرة
دراهم كان الاستثنا باطلا لان قوله فاشهدوا علي بها حشو لا يحتاج الاقرار اليه فعد
فاصلا بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا **قوله** قال ومن اقر بحق وقال ان شا الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المشية
تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال الله تعالى ستجدني ان شا الله صابرا
ولا اعصي لك امرا بيانه انه لو لم يقل ان شا الله ولم يصبر كان مخالفا في الوعد
فلما قال ان شا الله ولم يصبر لم يعد مخالفا للوعد فعلم بذلك ان المشية اذا علق

بها يمنع ثبوت الحكم وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يصح الاستثنا ويلزمه المال ذكر القياس والاستحسان شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وجه القياس ان فايدة التعليق تاخير الحكم الي ان يوجد الشرط وتاخير ما كان متحققا في الماضي لا يصح لان الاقرار اخبار عما كان في ذمته في الماضي وليس بايجاب مبتدا للحال وجه الاستحسان انه تعليق امر ثابت للحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما في الطلاق والعتاق فاذا كان تعليقا كان الاقرار باطلا لان المقر يوجب للمقر له حقا والايجاب يبطل بالتعليق كالهبة والبيع او لانه تعليق بشرط لا يعرف وجوده ووقع الشك في وجود الشرط فلا يقع المعلق بالشك كالطلاق اذا علقا بمشية الله تعالى **قوله** لان الاستثنا بمشية الله اما ابطال او تعليق يعني انه ابطال عند محمد تعليق عند ابي يوسف بيانه فيما قال في كتاب الطلاق من الفتاوي الصغري والتتمه اذا قال انت طالق ان شا الله فهو يمين عند ابي يوسف حتى لو قال لامراته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها انت طالق ان شا الله يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به عنده وقال في باب الطلاق بعلامة النون من الواقعات للحسامية رجل قال لامراته انت طالق فجري على لسانه ان شا الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع الطلاق لان الاستثنا موجود حقيقة والكلام مع الاستثنا لا يكون ايقاعا **قوله** بخلاف ما اذا قال لفلان علي ماية درهم اذا مت او اذا جا راس الشهر او اذا افطر الناس يعني يكون تاجيلا فيلزمه الاقرار لا تعليقا قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال اشهدوا ان له علي ماية درهم ان مت فهي عليه ان عاش او مات وليس هذا باستثنا ولا مخاطرة لان هذا اللفظ اقرار للحال وامر بالشهادة بعد الموت يعني اشهدوا بعد موتي حتى لا يبقي الدين علي وهذا امور المسلمين وكذلك لو قال له علي الف درهم اذا جا راس الشهر او افطر الناس او الي الفطر او الي الاضحي فهذا كله اقرار وهو حال عليه ان لم يقر الطالب بالاجل لانه ذكر الموقت وانه يذكر لتاخير المطالبة فكان مقرا بدين موجل فيلزمه وقال في شرح الكافي ايضا ولو قال لفلان علي الف درهم ان شا فلان فقال فلان قد شيت فهذا الاقرار باطل لانه علق وما نحن واللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل اقرار علق بخطر او شرط نحو قوله ان دخلت الدار او ان مطرت السما او ان هب الريح او ان قضي الله او ان اراده او ان رضيه او ان احبه او ان اصبت مالا او ان كان كذلك او ان كان ذلك حقا لانه تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا للحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لانه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لانا بقينا من حيث انه يمين وله حكم في الحال وهو الحمل او المنع ثم اذا جا الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه **قوله** قال ومن اقر بدار واستثني بناها لنفسه فللمقر له الدار والبنا اي قال القدوري في مختصره وذلك لان البنا داخل تحت الدار معني لا لفظا وانما يصح الاستثنا فيما كان داخلا تحت صدر الكلام

لفظا

لفظا فلم يصح استثنا البنا قال صاحب الهداية والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البنا في الدار يعني كما لا يصح استثنا البنا لا يصح استثنا الفص والنخلة لانه داخل تحت الصدر تبعا لا لفظا قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب من الاقرار بقبض شي من ملك انسان والاستثنا بالاقرار واذا كانت الدار في يدي رجل فاقر انها لفلان الا بيتا معلوما فانه لي فهو على ما قال وكذلك لو قال الا ثلثها او الا تسعة اعشارها فانه يصدق لانه بالاستثنا بين انما اقر بما سوي المستثني لانه تكلم بالباقي ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لي كانت الدار كلها لفلان وكذلك لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لي وكذلك لو قال هذه الدار لفلان وبناها لي او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او قال النخل باصوله لفلان وثمرته لي لانه اقر به كله لفلان ثم ادعي منه شيا بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال هذه الدار لفلان الا بناوها فانه لي لم يصدق ايضا على البنا والبنا تابع وليس هذا باستثنا لان الاستثنا اخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبنا لم يدخل تحت صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يثنا ولها الاستثنا كما لو قال هذه الجارية لفلان الا بياضها او جمالها فانه لي ليس انه لا يصدق كذا هذا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير اصوله فانه لي او قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها فانها لي او قال هذا السيف الا حليته فانها لي لم يصح الاستثنا لانه استثنا التوابع وانها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا في شرح الكافي وقال وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده في باب الاقرار في الدار من مبسوطه ولو اقر فقال هذه الدار لفلان الا بناوها فانه لي فانه لا يصح هذا الاستثنا ويكون الارض مع البنا للمقر له يفرق بين ما اذا اقر فقال هذه الدار لفلان الا هذا البيت كان الاستثنا صحيحا وكان ما عدا البيت للمقر له والبيت للمقر وجه الفرق بينهما هو ان البنا انما دخل تحت الاقرار تبعا من حيث انه مركب على الارض لا مقصودا كما دخل البنا تحت بيع الدار تبعا لا مقصودا حتى اذا احترق البنا قبل القبض لا يسقط شي من الثمن ولكن يتخير المشتري فدل ان البنا انما دخل تحت الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا ولا يجوز استثنا ما دخل تحت الاقرار تبعا كما لو اقر بالعبد واستثني يده او رجله او صفة من اوصافه لم يصح لانه دخل تحت الاقرار تبعا فلم يصح استثناوه وهذا لان الاستثنا استخراج للمستثني مقصودا من اللفظ فلا يجوز اضافته الي ما دخل تحت الاقرار تبعا كالاقالة لا يجوز اضافتها الي ما دخل تحت البيع تبعا لانه فسخ للبيع مقصودا واذا لم يصح الاستثنا صار كانه لم يستثن ولو لم يستثن البنا كان البنا والارض للمقر له فكذلك هذا بخلاف البيت فانه دخل تحت الاقرار مقصودا كما في البيع يدخل تحت البيع مقصودا حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثنا ما دخل تحت الاقرار مقصودا صحيح واذا صح الاستثنا حصل مقرا له بما ورا البيت وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير اصوله فانه لي لا يصح الاستثنا لان النخل انما دخل تحت الاقرار بالبستان تبعا لا مقصودا كما في البيع وكان كالبنا من هذا الوجه واستثنا البنا لا يصح فكذلك هذا بخلاف ما لو استثني

مخيله باصلها لان الاصل دخل تحت الاقرار مقصودا فكان كالبيت وكذلك لو قال هذه الجبة
لفلان الا بطانتها لان البطانة دخلت تحت الاقرار بالجبة تبعا لا مقصودا كما في باب
البيع تدخل البطانة تحت بيع الجبة من غير ذكر تبعا فكانت كالبنا قال خواهر زاده
وقد ذكر في السير الكبير ان الامام اذا نفل فقال من اصاب جبة خز فهي له فاصاب
جبة خز كان له الظهارة دون البطانة فلم يجعل البطانة في التنفيل تبعا للجبة واعتبر
ههنا تبعا للظهارة حتى لم يصح الاستثنا وتاويل ذلك ان ما قال في السير الكبير
محمول على جبة خز بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة دون الظهارة فتكون تبعا
للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة
بان كانت جبة خز ظهارتها وبطانتها من خز او من غير خز لكنها في النفاسة مثلها
يصح استثنا البطانة لان كل واحد منهما تكون داخلا تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فيصح
استثنا احدهما من الاخر قال وكذلك لو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانه
لي فانه لا يصح الاستثنا لان الحلية دخلت تحت الاقرار بالسيف تبعا كما في باب البيع
ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شي من الثمن فكانت بمنزلة البنا من هذا الوجه
قوله ولو قال بنا هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال وهذا لفظ القدوري في مختصره
يعني ان عرصة الدار للمقر له والبنا للمقر وذلك لان العرصة في اللغة عبارة عن كل بقعة
ليس فيها بنا فلم يتناول العرصة البنا فلم يكن البنا للمقر له بالعرصة الا ترى ان صاحب
الجمهرة قال عرصة الدار ما لا بنا فيه قال صاحب الهداية بخلاف ما اذا قال
مكان العرصة ارضا حيث يكون البنا للمقر له يعني اذا قال بنا هذه الدار لي
وارضها لفلان يكون البنا والارض جميعا للمقر له بالارض وذلك لان الاقرار
بالارض اقرار بالبنا ايضا كما اذا اقر بالدار لان الارض عبارة عن الاصل فيكون
الاقرار بالاصل اقرارا بالتبع قال الحاكم في الكافي ولو بدا فقال بنا هذه الدار لي
وارضها لفلان كانت الارض والبنا لفلان ولو قال هذه الارض لفلان كانت
الارض والبنا لفلان ولو قال البنا لفلان والارض للاخر كان البنا للاول
والارض للثاني ولا يجوز اقراره للثاني على الاول كما يجوز على نفسه الى هنا لفظ الكافي
قال شمس الايمة في شرح الكافي لان اول كلامه هنا اقرار معتبر لبنا الاول فهو
الى اخر كلامه اقرار بالارض والبنا ولكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان
للثاني الارض خاصة فاما في الاول لان اخر كلامه اقرار بالارض والبنا وهما ملكه
قوله ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر
عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شي لك هذا لفظ
القدوري في مختصره اعلم انه اذا اقر ان عليه لفلان الف درهم من ثمن هذا العبد
فلا يخلو اما ان كان العبد في يد المقر او في يد المقر له او في يد ثالث فاذا كان
في يد المقر فان صدقه الطالب فيما اقر لزمه الف درهم لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه
الف درهم فكذلك هذا فاما اذا قال الطالب العبد عبدي وانما بعتك عبدا غيره

واخذ العبد

واخذ العبد منه فانه لا يلزمه شي لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما اقر له بالف درهم
بدلا عن هذا العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله بخلاف ما اذا قال العبد عبدك وانما
بعتك عبدا غيره وقبضته ولي عليك الف درهم من ثمنه فانه يلزمه الف درهم
لانهما اختلفا في الجهة التي وجبت الالف واتفقا على الوجوب اما الطالب فلانه ادعى
وجوب الف درهم بسبب بيع عبد اخر اشتراه منه وقبضه وهو اقر بالوجوب بدلا
عن هذا العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضى
بالف درهم كما لو اقر فقال له علي الف درهم لفلان من غصب وقال الاخر لا بل من قرض وان
كان العبد في يد المقر له فان صدقه المقر له فيما اقر به فانه يسلم الثمن وياخذ العبد لان بيع هذا
العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد والعبد
في يد البائع فقال للمشتري انقد الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا فاما اذا قال العبد عبدي
ولي عليك الف درهم من ثمن عبد اخر قبضته مني فانه يلزمه الف درهم لانهما تصادقا
على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب والاختلاف في الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا
على الوجوب وهذا لانه لا عبرة باختلاف الطريق اذا وقع الاتفاق على الحكم وان قال لم ابعك
هذا العبد والعبد عبدي وانما بعتك عبدا اخر وقبضته مني لا يلزمه الالف لانهما لم يتصادقا
على الوجوب لان المقر ما اقر بوجوب الالف مطلقا وانما اقر بدلا عن العبد ولم يسلم له
العبد فلا يكون مقرا بالوجوب فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد
للمقر له ويبطل المال لان الطالب يدعي عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر
فيحلفان فلو كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وامكنه تسليمه لزمه المال
والا فلا قوله وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله
ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله هذا لفظ القدوري ايضا وقال ابو يوسف ومحمد
القول قول المطلوب انه لم يقبضه اذا وصل كلامه وان قطع لم يصدق وهو قول الشافعي
رحمه الله كذا في شرح الاقطع وقول زفر والحسن مثل قول ابي حنيفة كذا في كتاب التقريب
والحاصل انه لا يصدق عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل وعند صاحبيه يصدق اذا
صدقه المقر له في الجهة وصل ام فصل وان كذبه صدق اذا وصل وذلك لانهما يجعلانه
بيانا محضا اذا صدقه في الجهة لان الاتفاق وقع على وجوبه بجهة فلا يجب تسليم الثمن
الا وان يكون المبيع مقبوضا ولم يوجد الاقرار بالقبض وان كذبه في الجهة كان بيانا
فيه معنى التغيير على معنى ان الحكم لا بد له من سبب وقضية مطلق الاقرار يستدعي ان
يكون مطالبا به وباعتبار بيان السبب غير مطالب فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا
يصح مفصولا كما اذا قال لفلان علي الف درهم الا انه تتوقف الى كذا لا يصح مفصولا كذا هذا ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالالف علة لوجوب المطالبة بالايفاء لان علة وجوب الايفاء
هو كونه واجبا في الذمة ومن اقر بعلة كان مقرا بالحكم فباعتبار النظر الى السبب
يصير قوله الا اني لم اقبض معارضا له في حق الحكم فلا يقبل دعوى المعارض وقولهما
بان الاتفاق على الجهة منع وجوب حكما لا يجب الا بعد القبض ولم يقر بالقبض قلنا الاقرار
بالوجوب اقرار بعلة وجوب التسليم فيكون المبيع مسلما او غير مسلم العيب من السبب
في شي انما هو حالة الوجوب فيهما نظرا الى الحكم دون العلة وقال الى الحكم هو وجوب

التسليم لا يابي الا عند تسليم المبيع ولم يقر بقبض المبيع فصار ممتنعا عن التزام الحكم وابو حنيفة
يقول هذا باعتبار السبب بمنزلة المعارض فان امتناع الحكم بعد وجوب السبب
لا يكون الا لمعارض ومتى صار معارضا بقضية السبب لم يقبل ذلك منه كذا في
اشارات الاسرار وقال في كتاب التقريب في تعليل ابي حنيفة ان اقراره يقتضي
ثبوت المال في ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضي اسقاطه فلم يصدق
في الرجوع عن الاقرار ولانه لا يخلو اما ان يدعي جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليه
ثمنه او يدعي انه كان معلوما ثم جهل وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن
الا ترى ان من اشترى عبدا فاختلط بغيره فسد البيع ومن اعترف بدين ثم ادعى
سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لان ثمنه يجوز ان يلزمه فقد اضاف الدين
الى جهة يجوز ثبوته منها وقال في شرح الاقطع وقد قيل على قولهما يرجع الى المقر له فان صدقه
انه من ثمن عبد فالقول قوله ان لم يقبضه لان العبد لا يصير في ضمانه الا بالقبض فلا يقبل
قول البايع عليه في القبض وان جحد لزمه المال لانه يريد الرجوع عما اقر به فلا يقبل
منه قوله ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع ذكر هذا تفريعا
على مسئلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال
ابتعت منه بيعا بالف درهم ثم قال لم اقبضه كان القول قوله في قولهم جميعا لانه ما
ما اقر بالوجوب عليه بل اقر بالبيع وليس من ضرورة صحة البيع ان يكون المبيع مقبوضا
قوله قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف
على قوله لزمه الالف عند قوله وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف
يعني اذا قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره ولم يذكر
القدوري في مختصره خلافا وانما ذكره الحاكم في مختصر الكافي قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي لو قال له علي الف درهم من ثمن خمر ووصل لم يصدق
في قياس قول ابي حنيفة ويصدق في قول ابي يوسف ومحمد هما مرا على اصلهما
ان هذا بيان مغير ابو حنيفة يقول لما قال علي فقد وصف بالوجوب فاذا
قال من ثمن خمر فقد ناقض لان ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا في شرح الكافي
ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب اما اذا صدقه في ذلك لا يلزمه شي في قولهم
جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن
خمر او ميتة او دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار بدين
من ثمن متاع ونقل في الاجناس عن كتاب الاقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان
عليه الف درهم من ثمن خمر او خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من ثمن بر
فالمال لازم للمطلوب في قول ابي حنيفة رحمه الله مع يمين الطالب وقال ابو يوسف
ومحمد القول قول المطلوب مع يمينه ولا شي عليه الا ترى انه لو قال علي درهم ثمن
ميتة او رطل خمر كان ذلك باطلا ثم قال في الاجناس ذكر في نوادر ابي يوسف
رواية ابن سماعة لو قال لفلان علي الف درهم حرام او باطل لزمه في قول ابي حنيفة
رحمه الله قوله ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم
ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وقالا

ان كان موصولا يصدق وان كان مفصولا لا يصدق وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة
قال الحاكم الشهيد الجليل في مختصره الكافي في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف
درهم دين من قرض او ثمن مبيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول
ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل
لا يصدق وكذلك قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وشيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ايضا وعلى هذا نص في الاصل وقال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده فانه لا يصدق عند ابي حنيفة وصل ام فصل ويلزمه الف درهم جياد
نقد البلد وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولزمه ما اقر به وان فصل لا يصدق
ويلزمه الف جياد نقد البلد وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث الخلاف في شرح الجامع
الصغير وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وحاصله انه لا يصدق فيما
قال عند ابي حنيفة وعليه الجياد في القرض والبيع وان وصل وقالا يصدق الا اذا
فصل وفي الغصب والوديعة يصدق وان فصل بالاجماع وفي دعوى الستوقة
والرصاص لا يصدق في ثمن البيع والقرض اذا فصل ويصدق اذا وصل عندهما
ايضا وفي الغصب والوديعة يصدق يصدق في ذلك اذا وصل ولا يصدق
اذا فصل بالاجماع ثم قال وذلك في كتاب الاقرار مشروح وقال الامام الاسبيجابي
وكان ابو يوسف يقول اولا في الستوق والرصاص والفلوس الكاسدة بانه
لا يصدق في ثمن البيع وان وصل ذلك باقراره لانه يدعي فساد البيع ثم رجع
عن ذلك وقال يصدق في الكل اذا وصل لانه ما اقر الا بعقد فاسد وما ذكر
الطحاوي من قول ابي يوسف هو قوله الاول وقوله الاخر مع محمد الى هنا لفظ
الامام الاسبيجابي وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا
اقر بمال من ثمن بيع او قرض ثم قال هي زيوف لم يصدق وصل ام قطع وقالا
يصدق اذا وصل بكلامه فعلم ما ذكرنا ان ما قاله الصدر الشهيد من عدم التصديق
على قولهما في هذا الفصل فيه نظر لانه قال في كتابه رجل قال لفلان علي الف درهم
من ثمن المتاع او الف درهم قرض ثم قال هي زيوف او نبهرجة لم يصدق هذا
فصل واحد والفصل الثاني قال وكذلك ان قال اقرضني الف درهم زيوفا
او قال له علي الف درهم زيوف من ثمن المتاع وقال ابو يوسف ومحمد يصدق
في الفصل الثاني ولا يصدق في الفصل الاول والفصل الثالث قال وكذلك
لو قال علي الف درهم من ثمن المتاع الا انها زيوف او قال لفلان علي الف
درهم قرض الا انها زيوف ووصل لا يصدق عند ابي حنيفة وعندهما يصدق
وتبعه قاضي خان في شرحه وجه قولهما ان هذا بيان تغيير فيصح بشرط الوصل
كالتعليق والاستثنا وانما قلنا انه بيان لان الدرهم قد يكون جيدا وقد يكون زيفا
فكان الزيف نوعا من الدرهم فكان ذكره بيانا الا ان مطلق العقد لما كان يقتضي
السلامة والجودة عرفا كان دعوى الزيافة تغيير الاصل فسميناه بيان تغيير فصح
بشرط الوصل وكذلك الستوقة تسمى درهما مجازا والنقل من الحقيقة الى
المجاز بيان فيه معنى التغيير فيصح متصلا لا منفصلا دل على هذا ما اذا قال الا

انها وزن خمسة او ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق
ان كان مفصولا وكذلك اذا قال لفلان علي كر حنطة من قرض او ثمن مبيع الا انه ردي
فانه يصدق لانه بيان نوع الا ان في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا
لانه بيان تفسير لان الحنطة في حق الصفة ثلاثة انواع جيد ووسط وردي ولم
يتعين صفة منها عرفا ولا ذكره نصا فبقي مجملا في حق الصفة وبيان المجمل بيان
تفسير وبيان التفسير يصح موصولا ومفصولا بخلاف دعوى الزيافة في باب الدراهم
فانها بيان تغيير لان الجياد التي هي نقد البلد تعينت عرفا لان المطلق ينصرف
الى نقد البلد فكان البيان بيان تغيير فيصح بشرط الوصل لا غير ووجه قول ابي حنيفة
ان هذا رجوع عما اقر به ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك لان
مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى عيب اخر
لا يقبل فكذا دعوى الزيافة لا يقبل لان السلامة مستحقة بالعقد وانما قلنا ان الزيافة
عيب لان الزيافة لا يكون الا لغش في الدرهم وذلك عيب فيه ولهذا انما لو
وجد البايع بعض الثمن زيوفا كان له ان يرد ذلك ولان المطلق ينصرف الى الكامل
ذاتا وصفة والزيافة نقصان في الدراهم ودعوى الزيافة فيها رجوع عما اقر به فلا
يصح وكذلك دعوى الستوقة رجوع عن الاقرار لان موجب البيع ما يصلح ثمنا والستوقة
ليست من جنس الاثمان بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة لانه استثناء
للمقدار لان مطلق اسم الدراهم انصرف الى وزن سبعة عرفا فيجعل كالمنصوص
عليه ولو نص على القدر واستثنى منه مثقالا يصح ان كان موصولا فكذا هذا واما
الجودة والرداءة وصف في الدراهم لا مقدار فلا يجوز استثناء الوصف كاستثناء البناء
من الدار وبخلاف ما لو قال لفلان علي كر حنطة الا انها ردية لان دعوى الرداءة
دعوى نوع لا دعوى براءة عن العيب لان الحنطة في حق الاوصاف ثلاثة انواع
جيد ووسط وردي ولهذا انه لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها ردية
لا يكون له الرد بالعيب فلهذا صح موصولا ومفصولا ودعوى الزيافة دعوى براءة
عن العيب فلم يصح موصولا كان او مفصولا اذ لا تجد الاخر قال شمس الايمة السرخسي
في اصوله في فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب في الحنطة
فان العيب لا يخلوا عنه اصل الفطرة والرداءة في الحنطة تكون باصل الخلقة
فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان او مفصولا وقال
القدوري في كتاب التقريب اذا قال له علي عشرة افلس من ثمن بيع ثم
قال هي كاسدة لم يصدق عند ابي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس عيب
فيها فصار كالزيوف وروى عن ابي يوسف مثله وفرق بين الكاسد والزيوف
لانه اذا ادعى الكساد فقد ادعى فسادا للمعقود عليه ثم رجع وقال يصدق
اذا وصل وهو قول محمد لانه استثنى الصفة كاستثناء القدر **قوله** وعن ابي
حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني
اذا قال لفلان علي الف درهم قرض هي زيوف يصدق اذا وصل قوله
هي زيوف بقوله الف درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان

هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات وذلك لان القرض يقضى بالمثل فربما يكون المقبوض
زيفا فيصدق فيه اذا وصل كما في الغصب واراد بالاصول الجامعين والزيادات والمبسوط
وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر الرواية كالامالي والنوادر والرقيات والهارونيات
والكيسانيات ووجه الظاهر ان المطلق ينصرف الى ما هو المتعارف كما في نقد
البلد والمتعارف في التعامل في القرض بالجياد فيجب عليه ذلك ثم دعوى الزيافة
لانه رجوع عما اقر به **قوله** ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف قال في الفتاوى
الصغرى ولو ارسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر
هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق
اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال الى ههنا
لفظ الفتاوى الصغرى والذي قال على الاختلاف هو الكرخي كذا ذكر قاضي خان
في شرح الجامع الصغير فمن هذا عرفت ان معنى قوله في المتن وقيل لا يصدق اي
لا يصح على مذهب ابي حنيفة وصل ام فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه
بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وعند ابي حنيفة لا يصدق لانه رجوع عما اقر به
وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف الى العقود كالقرض وثمن البيع
لانها المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده ولا ينصرف الى الغصب حتى
يجعل مصدقا في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن
ولا يقال يمكن ان ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في
الغصب لانا نقول قوله علي الف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة
قوله ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال زيوف او نبهرجة
صدق وصل ام فصل وهذه من مسايل الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول غصبت فلانا الف درهم ثم
قال بعد ذلك هي زيوف او نبهرجة قال يصدق وكذلك اذا قال اودعني
فلان الف درهم ثم قال بعد ذلك هي زيوف او نبهرجة قال يصدق
وذلك لان الغصب والوديعة لا يقتضيان صفة السلامة عن العيب
عرفا لان كلا منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف فكان ذلك بيان النوع
فصح موصولا ومفصولا فصار كما اذا ادعى بالغصب والوديعة بان غصب
ثوبا او كان عنده وديعة فجاء به وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم
الغصب او الوديعة كذلك كان القول قوله فكذا ههنا وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا تقبل
وان قال مفصولا لا يقبل قوله **قوله** وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا
اعتبارا بالقرض اي لا يصدق في الغصب اذا ادعى الزيافة مفصولا لا في الوديعة
فان في الوديعة يصدق الا ترى الى ما نقل في الفتاوى الصغرى عن المنتقى
اذا قال غصبتك الف درهم وسكت ثم قال هو زيوف لم يصدق
في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويصدق في الوديعة وقال القدوري

في كتاب التقريب ذكر في الاصل انه يصدق في الغصب وان قطع وروى بشر عن ابي
يوسف عن ابي حنيفة انه لا يصدق وهو قول ابي يوسف الى هنا لفظ كتاب التقريب
قوله اذا القبض فيهما اي في الغصب والقرض قوله ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق ذكروا هذه
المسئلة في شروح الجامع الصغير تفريعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق
اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة
فان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا
بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا قوله وان قال في هذا كله الفا ثم قال
الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق يعني اذا اقر وقال لفلان علي الف
درهم او قال اودعني الف درهم او قال غصبت الف درهم او اقرضني الف
درهم او قضاني الف درهم ثم قال بعد ذلك كله الا انه ينقص كذا صدق ان وصل
والا فلا لانه استثنا البعض مما اقر به من المقدار والاستثنا لا يصح الا موصولا فيصير الكلام
عبارة عما وراء المستثنى وهي من مسائل الجامع الصغير قوله ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل يعني يصح الاستثنا اذا كان الفصل لانقطاع النفس باعتبار
الضرورة قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل
بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابي يوسف انه يصح استثناؤه
وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان
يتكلم بكلام كثير بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا قوله ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء
بثوب معيب فالقول قوله وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الغصب
عبارة عن ايقاع فعل بسبيل التعدي في العين وذلك لا يقتضي السلامة لا محالة
لان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان
القول قوله فيما غصب سواء وصل او فصل قوله ومن قال لآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال
اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن وهذه من مسائل الجامع
الصغير اما في المسئلة الاولى فكان القول قول المقر له مع اليمين والمقر ضامن
الا ان ينكل المقر له عن اليمين لان المقر اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ثم بقوله وديعة يدعي براءة عن
الضمان فلا يصدق وفي المسئلة الثانية كان القول قول المقر مع اليمين لانه
ما اقر بالفعل من نفسه حيث اضاف الفعل الى المقر له فلم يكن مقرا بسبب
الضمان الا ان ينكل عن اليمين فيضمن كذا قال الامام الزاهد العتابي
في شرح الجامع الصغير اما لم يذكر المقر لفظ الاخذ وقال اودعني الف درهم
او قال دفعت الي الف درهم قضاء عني فقال الطالب غصبتني وانت
ضامن فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لانه لم يقر بسبب الضمان
ذكره خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار بالوديعة قوله والقبض في هذا

كالاخذ يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان
ضامنا كما اذا قال اخذتها وديعة قوله والدفع كالاعطاء يعني لا يضمن المقر اذا قال دفعت
الي الف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كما لو قال اعطيتني وانما قال الاعطاء والدفع
يقتضي القبض فلما اقر بالقبض يضمن فينبغي ان يضمن بالاقرار بهما لان القبض ثابت اقتضاء
ضرورة والثابت بالضرورة يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة فلا يكون سببا للضمان لانه
لا حاجة اليه وقد يوجد الاعطاء والدفع بالتخلية والوضع بين يدي المقر له بدون قبضه
فلا يكون مقرا بالقبض فلا يرد السؤال قوله وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة
وقال الآخر لا بل قرضا يعني هذا الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر
له اخذتها غصبا خلاف ما اذا قال اخذتها وديعة وقال الطالب اخذتها قرضا
حيث لا يضمن المقر لانهما اتفقا على الاخذ بالاذن لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن
وكذلك الوديعة ولكن المقر له ادعى سبب الضمان بدعوى القرض والمقر منكر فكان
القول للمنكر قوله فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال
فلان هي لي فانه ياخذها وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه اقر بسبب الضمان
وهو الاخذ فيردها على المأخوذ منه فلا يصدق في دعوى الايداع الا بحجة قوله وان
قال اعرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها وقال اعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده
فالقول قوله عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ منه الدابة
والثوب وهذه من مسائل الجامع الصغير وقول ابي حنيفة استحسان وقولهما قياس
كذا قالوا في شروح الجامع الصغير قال فخر الاسلام وكذلك الاختلاف في الاجارة ذكر ذلك
في كتاب الاقرار يعني اذا قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردها علي او قال
آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب
لي فالقول للمقر عند ابي حنيفة وللمقر له عندهما وعلى هذا الخلاف الاسكان بان قال
اسكنت فلانا بيتي هذا ثم اخرجته فادعى الساكن انه له فالقول قول صاحب
البيت في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الساكن
بعدما يحلف انه ما اسكنه وهو القياس كذا في شرح الاقطع ثم قال فيه وعلى هذا
الخلاف ايضا اذا قال ان فلانا الخياط خاط له قميصه بنصف درهم وقبض منه
القميص وقال الخياط بل هو قميصي اعرتكه وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ على
هذا الخلاف وان قال رب الثوب خاط لي قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يرد الثوب على الخياط في قولهم لانه لم يعترف للخياط باليد لجواز
ان يكون خاطه في منزله وجه قولهما ان المقر اقر باليد له ثم ادعى الاستحقاق
فلا يقبل قوله الا بحجة فوجب الرد على المقر له كما في الوديعة واستحسن ابو حنيفة
الفرق بين مسئلة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسئلة الاعارة
والاجارة حيث جعل القول قول المقر وذكر القمي الفرق بينهما فقال انه في مسئلة
الوديعة قال واخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وفي مسئلة
العارية قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع قالوا في شروح الجامع
الصغير هذا الفرق ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في كتاب الاقرار وكذلك ذكر عن

ابي يوسف ومحمد ههنا فقال باخذها الذي اقر انه اخذها منه ولانه اقر له باليد مع ذلك
وانما الفرق من وجهين احدهما ان الشرع استحسن في اطلاق العواري والاجارات
رفقا بالناس وقضا لحوائجهم مع ان المنافع معدومة وكل قياس يرجع الي نقض هذا
الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل لعدم المنافع لابطال هذه العقود واذا
كان اطلاق العواري والاجارات لمرافق الناس فلم يقبل قول المقر بعد ذلك
لامتنع الناس من العارية والاجارة وذهب مرافق الناس لان الانسان اذا عرف
انه اذا اعار شيا او اجره ثم رد عليه يصير القول قول المستعير والمستاجر امتنع
عن الاعارة والاجارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر
حتي لا يختل حوائج الناس فهذا وجه مرجعة الي الاجماع والوجه الثاني وهو الوجه
الفقهي ان اليد في العارية والاجارة ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت
ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع بالعين فلا يظهر اذا اقر ان
اليد لغيره ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم قد ادعيا لنفسه بخلاف
الوديعة لان اليد في الايداع مقصودة لان المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ
بدون اليد فاذا كان اليد مقصودة في الوديعة كان اقرارا بان العين كانت
في يده والاقرار باليد اقرار بالملك ولهذا الوجه علل الشيخ ابو منصور الماتريدي
في شرح الجامع الصغير حيث قال اليد في الايداع مقصودة دون الاعارة **قوله** في
الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه علي الاتفاق يكون فيه القول للمقر ولكن
ذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت في الاصول **قوله** ما بيناه اشارة الي قوله لانه اقر
باليد له **قوله** فتكون عدما فيما وراء الضرورة اي يكون اليد عدما فيما وراء الانتفاع
وموضع الضرورة هو الانتفاع بالعين للمستعير والمستاجر وما وراءه هو ثبوت
الملك للمقر له **قوله** وليس مدار الفرق علي ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه
في الطرف الاخر وهو الاجارة والاعارة انما قال هذا ردا علي فرق القمي وقد
مر بيانه واراد بالاختين الاعارة والاسكان وانما ذكر الضمير الراجع الي الاجارة
علي تاويل العقد **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت
لي عليه او اقرضته ثم اخذتها منه فانكر المقر له حيث يكون القول قوله اي قول
المقر له اي هذا الذي ذكرناه في الاعارة والاجارة والاسكان بان القول قول المقر
عند ابي حنيفة خلاف ما اذا قال اقتضيت او قال اقرضت واخذت حيث
يكون القول قول المقر له ووجه الفرق ما قال ان الديون تقضي بالمثل فاذا اقر
باقتضا الدين واخذ القرض كان مقرا باخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل
فيكون مقرا به فيرد علي المقر له اما في صورة الاعارة والاجارة والاسكان فالمقبوض
عين ما ادعي فيه هذه الاشيا فلا يكون مقرا بالملك للمقر له قال شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي في باب بعد باب الاقرار بالجناية واذا اقر الرجل
انه اقتضي من فلان الف درهم فقال فلان ما كان لك علي شي ولكنك اخذتها
مني ظلما فان المقر يوخذ بردها عليه بعد ان يحلف انه لم يكن عليه شي لانه
اقر باخذ مال الغير ومطلق الاخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادعي جهة

مانعة من الضمان فلا يصدق او قال قبضتها بوكالة من فلان كانت له عليك او وهبتها
له فامرني فقبضتها ودفعتها اليه كان ضامنا للمال لانه اقر بالقبض ولم يثبت الجهة التي
ادعاها **قوله** واذا اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بني هذه الدار او غرس هذه الكرم وذلك
كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت باجر
فالقول للمقر اي استعنت بك علي الزراعة او البناء او الغرس وهذه من مسايل المبسوط
ذكرها تفريعا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه في باب اقرار الرجل بالمال اقتضاه
من اخر ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بني هذه الدار او غرس هذا الكرم او غرس
هذا البستان وذلك كله في يد المقر فانه لا يومر بالرد عليه لانه لم يقر بالقبض منه بعد ما
اقر بهذه الاشيا وفي مثل هذا لا يجب علي المقر رد ما في يده الي العامل كما قلنا في مسيلة
الخياطة اذا قال خاط لي فلان هذا الثوب ولم يقل قبضته منه فانه لا يلزمه الرد عليه
لما بينا فكذلك هذا والله اعلم

باب اقرار المريض

اخر اقرار المريض اما
لان المرض عارض والاصل عدم العارض او لان في اقرار المريض اختلافا في بعض الصور
كما سيجي بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان اقوي وبالتقدم اولي **قوله** واذا اقر
الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه فاذا قضيت وفضل شي كان فيما اقر به في حال المرض وهذه الجملة تشتمل علي
مسايل منها اقرار المريض لاجنبي فالقياس ان لا يصح الا من الثلث لانه يملك ثلث ماله
ولا يملك علي ما زاد علي ذلك الا تري انه لو وهب ما زاد علي الثلث لا ينفذ ولكنهم
استحسنوا جواز اقراره في الجميع لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط بماله ولا يعرف له مخالف فحل
محل الاجماع ولانه غير متهم في حق الاجنبي فينفذ اقراره في الجميع كالصحيح بخلاف اقراره للوارث
حيث لا يصح لانه متهم لجواز ايثاره علي باقي الورثة ومنها ان دين الصحة يقدم علي
دين المرض عندنا حتي لو اقر من عليه دين في صحته في مرضه لاجنبي بدين او
عين مضمونة او امانة بان قال مضاربة او وديعة او غصب يقدم دين الصحة
ولا يصح اقراره في حق غرما الصحة فان فضل شي من التركة ثم يصرف الي غرما المريض
وعند الشافعي يستوي الدينان قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وقال ابن ابي ليلي ما اقر به في الصحة والمرض من الدين سوا وذلك لان الدينين
تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق لان المساواه في
السبب توجب المساواه في الحكم لا محالة والسبب في حال الصحة والمرض هو
الاقرار الصادر عن عقل ودين وهما يمنعانه عن الكذب خصوصا اذا كان فيه ضرر
علي نفسه والمعني الذي دل علي صحة الاقرار في حالة الصحة موجود في حالة المرض
بل الدلالة ههنا اقوي والحاجة اليه امس اما قوة الدلالة فلان الحال حال الندم واستدراك
ما فرط فالظاهر ان لا يقدم الا علي ما هو صدق وكذا الحاجة الي التدارك امس لانه لا يطمع
في الحياة غالبا فلا يطمع في امكان التدارك وفي حالة الصحة يطمع في الحياة فيوخر
التدارك فصار اقراره في المرض كتصرفه مبايعة ومناكحة فيستوي الحالان ولنا

ان حق غرماء الصحة متعلق بماله فلا يتعلق به حق غرماء المرض ولهذا كان محجورا عن التبرع والمحاباة
وما كان الحجر الا للتعلق حق غريم الصحة فلما كان حق غريم الصحة متعلقا بماله لم يصح اقراره لغريم
آخر في المرض قياسا على المرتهن مع سائر الغرماء وانما قلنا ذلك لان المقتضي للتعلق وجوب
الدين عليه لان الدين اذا وجب عليه وله مال صالح لقضائه وجب عليه صرفه الى
تلك الجهة لتفريغ ذمته الا ان الشرع جعل هذا التعلق كلا تعلق في حال صحته لانه يقدر
على الكسب غالبا فيقيم غيره مقامه وجعل المال الذي هو بعرض الحصول كالحاصل فلا يتعلق
بهذا المال على التعيين حقا اما اذا مرض فقد عجز عن الكسب غالبا فوقع الياس عن حصول
مال آخر فظهر قضية الاصل وهو التعلق بهذا المال واما الشراء والنكاح والاستهلاك
فليس بوارد علينا لان الشراء ابطال من حيث الصورة لا المعنى وحق الغرماء متعلق بالمعنى
لا بالصورة والمعنى موجود وهو المالية فلم يكن الشراء تعرضا لحق الغير والنكاح من الحوائج
الاصلية لان طريق بقاء النسل بالتناسل ولا طريق اليه الا النكاح فلم يكن ممنوعا عن
التصرف في حوائجه الاصلية فلم يكن دين الصحة مقدما على المهر فكان ذلك كصرف ماله
الى الاغذية والادوية والاستهلاك فعل حسي لا يقبل الحجر بعد ما تحقق والاقرار خبر
يحتمل الصدق والكذب فامكن رده من حق الغريم قال في شارات الاسرار وهذا بخلاف
ما لو اقر ثم اقر لان الاقرارين صدرا في حالة واحدة وهي حالة المرض وهذه الحالة في حق
التعلق على السواء فاستويا في التعلق فاما دين الصحة كان واجبا [illegible] اقراره نسخة
اقراره في المرض فامتنع الظهور في حقه وهذا بخلاف ما اذا اقر بالوديعة او لاثم الدين
لان التعلق بالعين باعتبار الوديعة ليس هو من موجب المرض فاذا اقر صح وتعلق
به لا من حيث انه موجب المرض فاذا وجد الاقرار بالدين بعد ذلك ولا مال له لم يتعلق
به فاما اذا اقر بالدين اولا يصير الاقرار بالوديعة بعد ذلك بمنزلة وديعة مستهلكة وهو
بمنزلة الدين فاستويا والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف والمسئلة مشهورة فيها ومنها ان
ان كل دين لزم المريض من ثمن مال ملكه او استهلكه او علم وجوبه بغير اقراره كان كدين
الصحة وسيجي بيانه بعد هذا قوله وهو بمهر المثل اي نكاح المريض مرض الموت الذي عليه
دين يعتبر بمهر المثل والزيادة على ذلك باطل والنكاح جائز قوله وهذه حالة العجز اي
حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب قوله وحالتا المرض حالة واحدة جواب عما يقال من
جهة الخصم بان يقال اذا اقر المريض بدين يتعلق حق الغريم به ومع هذا لا يمنع اقراره لغريم آخر
فينبغي ان لا يمنع تعلق حق غريم الصحة ايضا اقراره في المرض فقال هي حالة واحدة
لانها حالة الحجر ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران سواء بخلاف حالة الصحة وحالة المرض
لانهما مختلفان لان الاولى حالة اطلاق والاخرى حالة حجر قوله لان الاول حالة اطلاق
وهذه حالة عجز لو قال حالة حجر كان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق قوله وانما يقدم
المعروفة الاسباب اي يقدم الديون المعروفة الاسباب كالثمن في البيع والقرض والمهر
في النكاح والاجرة في الاجارة على دين ثبت بالاقرار في المرض كالغصب ونحوه قال
في المبسوط ان استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض
او اشترى شيئا بالف درهم وعاين الشهود قبض المبيع او تزوج امراة بمهر مثلها
او استاجر شيئا بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة وذلك

لانها وجبت

وذلك لانها وجبت باسباب معاينة لا مرد لها ولانه بالقرض والشراء لم يفوت
على غرماء الصحة شيئا لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي يتعلق بها ومتى لم يتعرض
لحقهم بالابطال فقد مطلق قال خواهرزاده في مبسوطه فان قضى المريض
دين هؤلاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوا القابض فيما قبض فان قضى دين المقرض
ودين البايع لا يكون لغرماء الصحة حق المشاركة فيما قبضه القابض وان قضى دين المراة
ودين الاجر كان لهم حق المشاركة فيما قبضه القابض وذلك لان المريض بقضاء دين
المقرض والبايع لم يبطل حق غرماء الصحة لان حقهم ليس في اعيان المال بل في معناه
وهي المالية حتى كانت للميت ان يقضي مكانه اخر واذا كان حقهم متعلقا بمعنى المال
وهي المالية لا باعتبار المال والاعيان كلها صالحة لقضاء حقهم على السواء لم يصير
بهذا القضاء مبطلا عليهم حقهم بل صار ناقلا حقهم من عين الى عين وله النقل فانه لو باع
واوفى من ثمنها كان جائزا بخلاف ما لو قضى المهر والاجرة لانه بهذا القضاء يبطل حقهم
في عين المال وفي ماليته لان ما وصل اليه من العوض لا يصلح لقضاء حقهم فصار وجود
هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فصار بهذا القضاء مبطلا حقهم وله النقل وليس
له الابطال فقد جعل للمريض ان ينقل حق الغرماء من مال الى مال بهذه الاسباب
ولم يجعل للراهن ذلك فان الراهن لو باع المرهون او استاجر به شيئا او تزوج به
امراة لم يجز وكما تعلق حق المرتهن بالرهن فقد تعلق حق الغرماء بماله بمرض الموت
لضعف ذمته وانما فعلوا هكذا لان حق المرتهن في الرهن انما ثبت في حق العين
والمالية جميعا لانه ثبت له يد الاستيفاء من حيث الحكم حتى لو هلك
صار مستوفيا لدينه حكما كما لو استوفا حقيقة فاما حق الغرماء الصحة قبل استيفاء
الدين لم يثبت في العين انما ثبت في معنى العين وهي المالية وبالبيع والقرض
لا يبطل حقهم عن المالية لان الاعيان كلها في حق المالية على السواء فكان له ان ينقل
حقهم من مال الى مال بالبيع والقرض فبالنكاح والاجارة يبطل حقهم لان ما يصل اليه
من العوض لا يصلح لقضاء حقهم فكان ينبغي ان لا يصح الا برضا من له الحق فالجواب عنه
ان حقهم وان كان يبطل الا انه يبطل بسبب اقامة حاجته وله ابطال حقهم بحوايجه
الا ترى انه ينفق على نفسه وان كان في ذلك ابطال حقهم ويكفن وان كان في ذلك
ابطال حقهم لانه يحتاج اليه فقد جعل للمريض ابطال حقهم بسبب اقامة حاجته
والنكاح والاجارة من حوايجه فملك ابطال حقهم بالنكاح والاجارة كما ملك بالانفاق
على نفسه فاما الراهن فلا يملك ابطال حق المرتهن لا لحاجته ولا بغير حاجته فانه
لو احتاج الى نفقة ذلك على نفسه او احتيج الى ان يكفن بالرهن بعد وفاته فانه
لا يبطل حقه فلهذا لم يملك هذه التصرفات في الرهن وملك في ماله بعد المرض
وان تعلق بها حق الغرماء قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له قوله ولو
اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة يعني اذا اقر بعين سواء كانت امانة
او مضمونة لا يصح ذلك في حق غريم الصحة على معنى ان دين الصحة يقدم على
ذلك وقد مر بيانه وانما ذكر هذا تفريعا قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين
بعض الغرماء دون البعض وهذا ايضا تفريع على مسئلة القدوري يعني اذا

قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب برد ذلك ويجعل بين الغرما بالحصص الا اذا قضى القرض او ادى ثمن المبيع فيكون المقرض والبايع اخص بذلك وليس لغرما الصحة وغيرهم شي من ذلك وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** قال فاذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شي يصرف الى ما اقر به في حالة المرض اي قال القدوري في مختصره وقوله يعني الديون المتقدمة تفسير من صاحب الهداية لقوله قضيت وان اراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة باسباب معلومة **قوله** وفضل شي اي من التركة بعد قضا الديون المذكورة وانما يصرف ما فضل الى الدين الذي اقر به في حالة المرض لان الاقرار وقع صحيحا في نفسه وانما رد لحق غرما الصحة فلما قضى حقهم سقط حقهم ولم يبق فصار كانه لم يكن دين الصحة اصلا ولو لم يكن ذلك يصرف التركة الى ما اقر به حالة المرض فكذا هذا وهذا معنى قوله فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض **قوله** قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فكان المقر له اولى من الورثة وذلك لان اقراره صحيح في نفسه ولكن رد لحق غرما الصحة اذا كانوا فان لم يوجد حقهم نفذ اقراره في حالة المرض فكان غريم المرض مقدما على الورثة كغرما الصحة لان الدين مقدم على الارث قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو مرض وفي يده الف درهم لا مال له غيرها وليس عليه دين الصحة فاقر بدين الف درهم ثم اقر بان الالف التي في يديه وديعة لفلان او مضاربة ثم اقر بدين الف ثم مات قسمت الالف بينهم اثلاثا لانه لما اقر بالدين اولا فقد تعلق حق الغرما بالالف التي في يديه فاذا اقر بانها وديعة فقد اقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم الى المقر له فيكون اقرارا بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت او قد ابرأته من ديني كان الالف بين صاحب الوديعة والغريم الاخر نصفين لان البرأة وجدت بعد تعلق الكل فلا يتغير الحكم ولا يبطل حق الاخر بابرا الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه اكذبه في الاقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة بعينها سابقا لانه بالاكذاب تبين انه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة بعينها سابقا على الاقرار بالدين فيستبقه في التعلق لما بينا في شرح الكافي **قوله** لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته فيه نظر لانه روي في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روي في الاصل حدثنا محمد بن الحسن قال عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العرزمي عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط ذلك بماله **قوله** قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة اي قال القدوري في مختصره واحد قولي الشافعي رحمه الله مثل قولنا وقال في قول اخر يصح اقراره له كذا في شرح الاقطع وجه قوله انه اقر بملكه له فيصح كاقراره له حالة الصحة واقراره للاجنبي في مرض الموت واقراره بوارث اخر واقراره انه استهلك وديعة الوارث ولنا حديث الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين ولانه محجور عليه في هذا الاقرار لتعلق حق الورثة بالتركة ارثا على

اعتبار

اعتبار اتصال المرض بالموت والدليل على تعلق حقهم انه لو وهب لواحد منهم شيئا او اوصى له بشي لا يجوز لما فيه من ايثار البعض وتهمة الايثار هنا متحققة لانه لما علم انه لا ينفذ تبرعه مال الى الاقرار واقرار المحجور عليه باطل بخلاف ما لو اقر في حالة الصحة لانه ليس بمحجور عن التبرع فلا يتحقق تهمة الميل ولان حالة مرض الموت حالة استغنا المورث عن ماله في حق بعض التصرفات والمصالح وذلك يقتضي ثبوت الملك من ذلك الوجه لورثته الذين هم اقرب الناس اليه وفي اثبات البعض ابطال حق الباقين فلا يجوز ذلك الا بتصديقهم قياسا على ما اذا تبرع لواحد منهم الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي ولم يكن محجورا في الاقرار له لانه لا يتهم بالميل عن التبرع الى الاقرار لان تبرعه للاجنبي يصح في الثلث ولانه لو كان محجورا عن الاقرار للاجنبي لامتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة ولضاق الامر على الناس ووقعوا في الحرج وهو مدفوع شرعا وهذا المعنى لا يوجد في حق الورثة لانه لا يحتاج الى المعاملة معهم عادة والجواب عن الاقرار بوارث اخر فنقول انما صح الاقرار به لانه اقرار بالنسب فينفذ ذلك لانه من الحوايج الاصلية ولانه حمل النسب على نفسه فصح واذا ثبت الميراث ضرورة واما الجواب عن مسيلة الجامع وهو ان الانسان اذا اودع ابنه والابن اودع اباه ثم اقر بالاستهلاك في مرض موته فانما صح ذلك وان وقع اقرارا بالدين للوارث لان وضع المسيلة فيما اذا كان الايداع ثابتا معاينة او بمحضر من الشهود فيكون اقراره باستهلاك الوديعة اقرارا باستهلاك وديعة ثابتة بالمعاينة او بالبينة فلا يكون الضمان مضافا الى الاقرار بدليل انه لو مات مجهلا ولم يقر اصلا يضمن اما فيما نحن فيه فالضمان لو ثبت كان مضافا الى الاقرار فلم يصح القياس فاما اذا صدقه بقية فانما يصح اقراره لان المنع كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اسقطوا حقهم فجاز الاقرار والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شا الله تعالى **قوله** وان اقر لاجنبي جاز اقراره وان احاط بماله لما بينا اشارة الى قوله لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه **قوله** والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وجه القياس ما بينا في اول الباب ان المريض لا يملك ما زاد على الثلث بدليل انه لا ينفذ هبته به ووجه الاستحسان ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في المريض اذا اقر بدين لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط ذلك بماله ولانه لا تهمة فيه بخلاف اقراره لوارث فان فيه تهمة الايثار وقد مر بيانه ثم اعلم ان الاقرار للوارث لما كان باطلا عندنا فنقول اذا اقر لوارث بدين فلم يمت المريض حتى صار الوارث غير وارث جاز اقراره له لان الاقرار ينفذ في حالة الموت لانها حالة التعلق وهو غير وارث في هذه الحالة وهذا كما اذا اقر لاخيه وليس له ابن ثم حدث له ابن وبقي الولد الى ان مات المورث وان كان يوم اقر ليس بوارث ثم صار وارثا يوم مات بطل اقراره لانه لو نفذ نفذ في حالة كونه وارثا فيصير اقرارا للوارث فلا يجوز وهذا اذا كان وارثا بقرابته وان صار وارثا بموالاة او زوجية لم يبطل اقراره لان الاستحقاق غير مضاف الى القرابة بل الى السبب الحادث فلو بطل اقراره بطل من غير تهمة بخلاف ما اذا صار وارثا بسبب القرابة لان القرابة كانت قايمة في تلك الحالة الا انها ممتنع عملها لمانع فاذا زال المانع عمل السبب من

من ذلك الوقت وههنا بخلافه وان كان يوم اقر وارثه بموالاة او زوجية ويوم مات
وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من ان يكون وارثه ببينونة او فسخ للموالاة فالاقرار
باطل في قول ابي يوسف الاول وهو جائز في قوله الاخير وهو قول محمد وهو يقول
العبرة لحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب او حالة الموت
حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لانه لا تعلق للحكم به ومحمد يقول بان الاقرار وجد
في حال كونه اجنبيا والاقرار للاجنبي صحيح قوله حال نفاذه هو وارث فلمانع ولكن بسبب
جديد فلا يكون الارث مضافا الى السبب السابق لان الثاني غير الاول وصار كما لو اقر لاجنبية
ثم تزوجها اليس انه لا يبطل اقراره كذلك ههنا وان اقر لوارث او لاجنبي ثم مات المقر له
ثم مات المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز ذلك الاقرار في قول ابي يوسف
الاول وهو جائز في قوله الاخر وهو قول محمد هو يقول هذا اقرار للوارث في العاقبة فلا يجوز
ومحمد يقول انما صار له بسبب جديد لان استفاده بجهة الوراثة من الاجنبي لا بسبب
اقراره فصار كما لو استفاده بسبب الشراء منه اليس انه يجوز كذلك ههنا كذا في شرح الكافي
الاسبيجابي قوله قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره
فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها اي قال القدوري في مختصره والفرق ان
النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين بثبوت النسب ان اقرار
المريض وقع لوارثه وذلك باطل بخلاف الزوجية فانها اذا ثبتت ثبتت مقتصرة
على زمان العقد فلا يبطل الاقرار لانه لم يقع لوارث وفي قول زفر يبطل الاقرار لها بالدين
بحدوث الزوجية كما يبطل الهبة والوصية وجوابه ما قلنا بخلاف الهبة فانها تبرع
وتبرع المريض مضاف الى ما بعد الموت حكما فيعتبر بالمضاف اليه وهو الوصية
فتبطل الوصية بحدوث الزوجية فكذا الهبة لانها وارثة حال نفاذ الوصية قال
في وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد ثم
اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة
بينهما قايما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامراة
ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قايما وقت الاقرار وذكر فخر الدين قاضي خان
في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الاقرار لابنه وهو نصراني او عبد فقال ان
الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا قوله قال ومن طلق زوجته
في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه اي قال
القدوري في مختصره وذلك لانهما متهمان فلعلهما تواطآ على ذلك ليفتح
باب الاقرار ولا تهمة في الاقل هذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة فان مات بعده
جاز الاقرار فاذا اقر لها بدين المهر فقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي ولو اقر لامراته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر
مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه اقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو اقرت
المراة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم يصدق لانها اقرت بدين الزوج لان القبض
يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث
لا يصح وقال في الفتاوى الصغرى المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان

مانت وهي

مانت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها وان مانت غير منكوحة او لا معتدة بان
طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن اقرار الجامع والله اعلم فصل ذكر الاقرار بالنسب
بعد الاقرار بالمال لان ذلك كثير الوقوع فصار تقديمه اهم وهذا قليل الوقوع فكان
اخرى بالتاخير لقلته قوله ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا وهذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه ويشارك الورثة في الميراث وذلك لان اقرار الرجل بالولد جائز
لانه ليس فيه حمل النسب على الغير بل هو يلزمه في نفسه فيقبل اقراره فيه وانما اشترط ان
يولد مثله لمثله لانه اذا لم يكن يولد مثله لمثله يكون مكذبا في اقراره في الظاهر ولا يصح اقراره
وانما اشترط ان يكون الولد غير معروف النسب لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه
لانه اذا ثبت من احد لا يقبل الفسخ بعد ذلك وانما اشترط تصديقه لان وضع المسيلة
فيما اذا كان المقر له بالنسب كبيرا يعبر عن نفسه فاذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من
تصديقه لانه في يد نفسه بخلاف ما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يشترط
تصديقه لانه في يد غيره فيقبل الاقرار بنسبه من غير تصديق منه فاذا ثبت
الاقرار من الصحيح بالنسب صح من المريض ايضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه
التهمة لحق الغرما والورثة ولا تهمة في دعوى النسب لانه لا يلزم من صحة النسب
الاقرار بالمال اذ يجوز ان يكون ابنه ولا يرث لمانع من الارث واذا صح اقراره بالنسب
صار كالابن المعروف فشارك الورثة في الميراث والحاصل ان صحة الاقرار بنسب
الولد يشترط ثلاث شرايط احدها ان يكون بحيث يولد مثله لمثله والثاني
ان لا يكون المقر له ثابت النسب من الغير والثالث ان يصدق المقر له المقر
في اقراره اذا كان له عبارة صحيحة ولذا لم يكن كذلك فلا يصح اقراره وكذلك اذا
اقر بالوالدين يصح يشترط ان يولد مثل المقر من المقر لهما ويشترط ان لا يكون للمقر
نسب معروف ويشترط ان يصدقه الاب والام اذا كانا عاقلين وكذلك المراة
اذا اقرت بالوالدين يصح بهذه الشروط كذا ذكر الامام سراج الدين في شرح فرايضه
قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه في باب الاقرار بالولد
واذا اقر الرجل بالولد فقال هذا ابني وهذه ابنتي لصبي في يده فاذا كان لا يعبر
عن نفسه فانه يثبت نسبه منه لانه لو ادعى انه عبده صدق من غير تصديق
وانه اقرار عليه من كل وجه لانه ادعى ما في يده فاذا ادعى انه ابنه كان اولى
بخلاف ما لو قال لرجل هذا ابني فانه لا يثبت النسب الا بتصديقه لان
الابن ليس في يده فكان بمنزلة الصبي الذي يعبر عن نفسه ولو كان صبيا
يعبر عن نفسه يشترط تصديقه لثبات النسب فكذلك هذا قوله بخلاف
الصغير اي لا يشترط تصديقه اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه قوله على ما مر
من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى عند قوله وان
كان الصبي في ايديهما فان المراد منه صغير لا يعبر عن نفسه قوله ولا يمتنع
بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض يعني انه يصح من المريض
كما يصح من الصحيح قوله قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى

اي قال القدوري في مختصره انما اطلق المولى ليشمل الاعلى والاسفل جميعا ولهذا قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ويجوز اقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة
والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه لان الحكم لا يعدوهما فيكون اقرارا على انفسهما
فيقبل ولا يجوز اقراره بغير هؤلاء الاربع ويجوز اقرار المراة بالوالد والزوج والمولى ولا يجوز
لغير هؤلاء الثلثة لما ذكرنا ان اقرارها في حق هؤلاء اقرار على نفسها وفيما عداه اقرار على الغير
ولا يجوز اقرار المراة بالولد وان صدقها ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث
معروف لانه اعتبار اقرارهما في حقهما ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون
الحجة وهو شهادة القابلة فان شهدت لها امراة على ذلك وقد صدقها الولد
ثبت نسبه منها وكذلك ان لم تشهد لها امراة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب
منهما لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يتعدى الى غيرهما كذا في شرح الكافي
والاصل في هذا ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول
كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمل على غيره فانه لا يقبل
اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق واقرار الرجل بمن ذكر ليس فيه حمل
النسب على غيره فيقبل وكذلك المراة الا في الولد لانه اذا ثبت نسبه منها كان فيه
حمله على الزوج لانه يلزمه بالفراش فلا يثبت الا بتصديقه او شهادة امراة بالولادة
فيثبت الولادة بشهادتها ويلحق النسب بالفراش كذا في شرح الاقطع **قوله** وقد
مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت
بالفراش القايم **قوله** وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى اي عند قوله واذا
ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على الولادة حيث
قال ومعنى المسيلة ان تكون المراة ذات زوج يعني ان دعوى المراة الصبي
وهو اقرارها به انما لا تصح اذا كانت ذات زوج وان لم تكن منكوحة ولا معتدة
قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيها الزاما على نفسها دون غيرها فان
كان لها زوج وصدقها يثبت النسب منهما بدون شهادة القابلة لانه التزم
نسبه فلا حاجة الى الحجة وباقي البيان مر تقريره في شرحنا هذا في باب دعوى
النسب **قوله** ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى
بعد الموت ذكره تفريعا على مسيلة القدوري يعني ان المقر له بالنسب اذا
كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه فاذا صدق في حال
حياة المقر صح فكذا اذا صدق بعد موته لبقاء النسب بعد الموت **قوله** وكذا تصديق
الزوجة اي تصح تصديق الزوجة زوجها في اقراره بالنكاح بعد موته لبقاء حكم
النكاح بعد الموت وهو العدة وهذا بالاتفاق اما اذا اقرت المراة بالنكاح ثم
ماتت فصدقها الزوج بعد موتها لم يعمل تصديقه عند ابي حنيفة خلافا لهما لان
الاقرار لا يبطل بالموت فيلحقه التصديق كالزوج اذا اقر ثم مات فصدقته المراة
بعد موته ولابي حنيفة ان النكاح يثبت له عليها بما لها عليه فاذا ماتت
المراة بطل المحل فلا يبقى الاقرار بعد فوات المحل كما اذا اقر بعبد لانسان ثم مات العبد بطل

الاقرار واما في جانبه فمحل النكاح هو المراة وهي قائمة وامكن القول ببقاء النكاح الا ترى انه
تحل لها ان تغسله ولا يحل له ان يغسلها بعد موتها كذا في اشارات الاسرار **قوله** ولا
يصح التصديق على اعتبار الارث هذا جواب سوال مقدر يرد على قول ابي حنيفة بان
يقال سلمنا ان تصديق الزوج في اقرار الزوجة بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع
حكم النكاح بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا
خلافا للشافعي رحمه الله ولكن لم لا يجوز تصديق الزوج اياها بعد موتها نظرا الى
الارث وهو ايضا من اثار النكاح فقال التصديق اذا ثبت يستند الى اول
الاقرار وفي تلك الحالة لا يوجد الارث لانه يتحقق بعد الموت فلا يمكن اعتبار
اعتبار التصديق نظرا الى الارث ايضا **قوله** ومن اقر بنسب من غير الوالدين
نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب اي قال القدوري في مختصره اعلم ان النسب
لا يثبت في غير الوالدين وان صدق المقر له بالنسب لان فيه حمل النسب على
الغير لان الاخ لا يكون اخا الا اذا ثبت نسبه من الاب وكذلك العم لا يكون عما الا
اذا ثبت نسبه من الجد وليس للمقر ان يحمل النسب على الغير فلم يصح اقراره بالاخ
والعم ونحو ذلك ثم لما لم يثبت النسب من المقر ينظر هل للمقر وارث اخر
غير المقر له بالنسب ام لا سواء كان ذلك الوارث قريبا كصاحب الفرض او
العصبة او بعيدا كذي رحم فان كان له وارث معروف وهو اولى بالميراث
لان المقر له بالنسب لما لم يصح نسبه لم يصلح مزاحما للوارث المعروف وان
لم يكن له وارث كان الميراث للمقر له بالنسب لان اقرار المقر تضمن شيئين
واستحقاق مال المقر بعده ولم يثبت النسب لكونه اقرارا على الغير وثبت
الارث لكونه اقرارا على نفسه وهو غير متهم فيه وهذا لانه لما لم يكن له
وارث كان له ان يتصرف في ماله بما شاء الا ترى ان له ان يوصي بجميع ماله
فاذا اقر بمن لا يثبت نسبه صار كانه اقر بانه جهة لصرف ماله فكانه اوصى له به
وليس هذا بوصية في الحقيقة بدليل انهم قالوا فيمن اقر باخ ولا وارث له ثم اوصى
لرجل بجميع ماله ان للموصى له الثلث والباقي للاخ ولو كان الاخ يستحق الوصية
وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا انهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى انه يستحق
المال بقول المريض وليس هناك نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه **قوله**
لكنه بمنزلته استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار
بنسب الاخ والعم بمنزلة الايصاء له بالمال ولهذا لو اقر في مرضه به وصدقه
المقر له ثم انكر المقر النسب ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع ولو لم
يوص لاخر كان المال لبيت المال لان رجوعه لما صح بطل الاقرار اصلا وينبغي لك ان
تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب
كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك اما اذا
ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ولهذا
بينا في اخر كتاب الدعوى في قوله اذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن
عبدي الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا لان النسب اذا ثبت لا ينتقض

بالجحود التكذيب **قوله** قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ويشاركه في الارث وانما لم يثبت لانه حمل النسب على الغير
وهو معنى قوله لما بينا وانما يشاركه في الارث لانه اقرار على نفسه فثبت ذلك لثبوت
ولايته على نفسه ولم يثبت النسب لعدم ولايته على الغير ومثل هذا ليس بممتنع
كالمشتري اذا اقر ان البايع كان اعتق العبد المبيع يقبل اقراره في العتق ولم يقبل في
الرجوع بالثمن **قوله** قال ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر
احدهما ان اباه قبض خمسين منها فلا شي للمقر وللاخر خمسون اي قال في الجامع
الصغير وهذه من الخواص وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه
الله في رجل مات وترك مائة درهم دينا له على رجل وترك ابنين فاقر احدهما
ان اباه اقتضى منه خمسين درهما قال لا شي لهذا وللاخر خمسون درهما
وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهما فلما اقر احدهما باقتضا ابيه صح ذلك
في نصيبه خاصة لا في نصيب اخيه فبقيت حصة الاخر كما كانت فيجعل
كان المقر استوفى نصيبه ولان الاستيفا انما يكون بقبض مضمون لان الديون
تقضى بامثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب
للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصا فيسقط ما على المطلوب فاذا كذبه اخوه
في الاقرار لم ينفذ الاقرار على المنكر فنفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر
واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله في شرح الجامع الصغير
سوالا واجوابا فقال فان قيل يزعم هذا المقر ان اباه قد قبض الخمسين والخمسون
الباقية بينهما نصفان فلم يبطل حقه في الكل قيل له لو اخذ من تلك الخمسين
شيا ادى ذلك الى الدور والتناقض لانه اخذ منه كان للابن الاخر ان ياخذ
من المطلوب تمام الخمسين لان الابن المنكر يقول لم ياخذ ابي من الدين شيا
ولي تمام خمسين فله ان يرجع على الغريم بتمام الخمسين ثم للغريم ان يرجع على الابن
المقر بما اخذ منه حيث واذا كان يودي الى هذا ليس له ان يشاركه فيما قبض
المنكر من الخمسين **قوله** استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا احترازا
عن قول ابن ابي ليلى فان عنده هلاك الدين بسبب الاقرار يشيع في نصيبين
قوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا اراد بالمقبوض الخمسين
الباقي بعد الاقرار وهذا جواب سوال قد اندرج بيان ذلك فيما ذكرنا قال محمد بن محمود
الاستروشني في الفصل الخامس من فصوله فان ادعى الدين على الميت وبعض
الورثة حاضر وبعضهم غايب او فيهم صغير فلا يخلوا اما ان يقر الحاضر بالدين او انكر
فان كان في الورثة صغار واقر الكبار بالدين على الاب يحتاج الغريم الى اقامة البينة
ليثبت دينه في حق الصغار ثم قال وذكر شمس الايمة الحلواني في باب اثبات الدين
على الميت من ادب القاضي ان احد الورثة اذا اقر بالدين يلزمه ذلك حتى يستغرق
جميع حصته وهذا قول علمائنا وعند من خالفنا لا يلزمه ثم قال وذكر في النوازل اذا
ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة بذلك ففي قول اصحابنا يوخذ من حصة
المصدق جميع الدين قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندي ان يوخذ

منه

منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والحسن البصري وابن ابي ليلى وسفيان الثوري ومالك
بن انس والشافعي وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر ثم قال في الفصول وذكر شمس الايمة
هذا قال مشايخنا وههنا زيادة شي لم يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي باقراره عليه لان
بمجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه وانما يحله قضا القاضي ثم قال فيه وذكر في هذا الباب ايضا
اذا اقر الوارث بالدين فاراد الطالب ان يقيم البينة على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت يسمع
بينته لانه اذا اقام البينة يستوفي نصيبه من كل التركة وتصير التركة كلها مشغولة بدينه ثم
قال وذكر فيه ايضا اذا ادعى على الميت دينا والورثة الكبار غيب والصغير حاضر ينصب
القاضي عن الصغير وكيلا ويدعي عليه واذا قضى على الوكيل يكون قضا على جميع الورثة غير ان
الغريم يستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار فاذا اخذ الكبار يرجع
في ذلك عليهم لان الدين مقدم على الميراث هكذا ذكر شمس الايمة الحلواني وهذه المسئلة دليل
على ان الدين اذا ثبت على واحد من الورثة بالبينة يستوفي جميع الدين مما في يده لا ما يخصه
كذا في الفصول **كتاب الصلح** قد مر بيان المناسبة في اول كتاب الاقرار الصلح اسم من
المصالحة وهي المسالمة بعد المحاربة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشرع عبارة عن عقد
يرتفع به المنازعة **قوله** قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر
المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز اي قال القدوري في مختصره وجه الحصر ان
المدعى عليه اما ان يجيب لدعوى المدعي اولا والثاني هو السكوت والاول لا يخلوا اما ان يكون
بالاقرار او الانكار ولا ثالث فانحصر على الثلاثة لا محالة والاصل في جواز الصلح قوله تعالى والصلح
خير وقوله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا رواه صاحب
السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام وعلى ذلك انعقد الاجماع
ايضا ثم الصلح بثلاثة انواعه جائز عندنا وهو مذهب مالك وقد ذكر اصحابه ان الصلح على
الاقرار والانكار جائز وقال في التحفة ان الصلح عن انكار لا يجوز عند ابن ابي ليلى وهو قول
الشافعي رحمه الله ويجوز الصلح عن سكوت المدعى عليه عند ابن ابي ليلى كما هو مذهبنا وعند
الشافعي لا يجوز وقال في اشارات الاسرار قال ابو حنيفة الصلح على الانكار اجوز ما يكون
لان معناه قطع الخصومة والمنازعة فتحقيق معنى عقد الصلح يكون حالة التناكر فاما في حالة
الاقرار فهو اسقاط لبعض الحق من غير تحقيق معنى الخصومة والتنازع وقال الدين العالم في
طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح عبارة في اثبات ملك المدعي في بدل الصلح وانقطاع
حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في اصل المدعى والكلام المعروف في المسئلة
ان هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعي لقيام امارة ثبوت الحق في حقه وبذل المال
لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه السلام الصلح
جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا والصلح على الانكار بهذه المنزلة ولانه اخذ
المال عوضا عن الخصومة والشغب واخذ المال عوضا عن الخصومة والشغب لا يجوز لانه يشبه
الرشوة فصار كما اذا صالح بعد الحلف وكما اذا صالح في دعوى استهلاك الوديعة على مال لا يجوز
ذلك بما قلنا فكذا هذا بخلاف ما اذا كان مقرا لانه اذا كان مقرا كان المال واجبا عليه فيكون اخذ
المال عوضا عن المال وانه جايز ولنا قوله تعالى والصلح خير وكذا قوله عليه السلام الصلح جايز
بين المسلمين لانه باطلاقه يشمل جميع انواع الصلح الا ما دل عليه دليل التقييد فان قلت

لا يصح التمسك بالآية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه تعالى
قال وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح
خير اي ذلك الصلح ولين سلمنا ان المراد به الجنس فلا يجوز ايضا صرفها الى الكل لان ما ينطلق عليه
اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز ايضا واذا ادعى على اخر قذفا لا يجوز الصلح
وكذا اذا ادعى على المراة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز فاذا لم يكن صرفه الى الكل
وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار قلت التعليق بالآية صحيح لدخول الالف
واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى امر بالصلح وعلل بكونه
خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكانه قال صالحوا فان الصلح خير يعني ان جنس الصلح
خير كما يقال صل والصلاة خير اي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب انه انصرف الى
الصلح المذكور اولا ولكن وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكلما يكون صلحا يكون خيرا ه
وايضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار ايضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن
انكار حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم بانه لا يمكن صرفه الى الجنس كلها
فالجواب عنه نقول لبين ذلك من باب لا يمكن العمل بالاطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل
بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا
يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما ورا دليل التقييد وقد تايد هذا بقوله عليه السلام الصلح
جائز بين المسلمين فان قيل قال في اخر الحديث الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهو يدل
على ان الصلح عن انكار لا يجوز لان بدل المدعى كان حراما على المدعى قبل الصلح والآن حل وكان
حلالا للمدعى عليه والان حرم قلنا ينتقض ذلك بالصلح عن اقرار لانه قبل الصلح والآن حرم
وبدل الصلح حاله كذلك ومع هذا جاز فلا بد اذن من التاويل فمعناه احل حراما لعينه
او حرم حلالا لعينه بيانه ان المراة اذا صالحت الزوج على ان لا يطا امته او ضرتها لا يجوز
لانه صلح حرم حلالا لعينه قال تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات
ازواجك واذا صالح انسانا عن مال على خمر او خنزير لا يجوز لانه صلح احل حراما والفقه
في المسئلة ان الصلح سبب لقطع المنازعات والخصومات فيجب تصحيحه ما امكن لانه
رفع الفساد والله لا يحب الفساد وقد امكن تصحيحه بان يجعل المدعي مسقطا بعض حقه
ومستوفيا بعض حقه ويجعل المدعى عليه بازا المال بازا دفع الخصومة وانه جائز لان
المال طوق وقاية للنفس فيجوز بذله للدفع عن النفس اما الجواب عن الصلح بعد الحلف
فقد قال في الطريقة البرهانية روى عن محمد انه يجوز ولين سلمنا انه لا يجوز فانما
لم يجز لانه وصل اليه بدل حقه الى ان يقيم البينة ووصول البدل كوصول المبدل
ولو وصل المبدل لا يجوز الصلح فكذا اذا وصل البدل وكذلك قال في مسئلة الوديعة
عند محمد يجوز وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انما لا يجوز لانه سلط على الرد وانه امين
والقول قول الامين في الشرع ولهذا ينقطع الخصومة بقوله رددته الا انه يحلف نفيا للتهمة
فاذا انقطع الخصومة بقوله لا يحتاج الى الصلح وكذا اذا ادعى على آخر قذفا او نكاحا لا يجوز الصلح
على مال لان هناك لم يثبت في حق المدعى شي يجوز اخذ المال عوضا عنه بخلاف ما نحن
فيه على انا نمنع عدم جواز الصلح على مال في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت
على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجي ذلك في فصل عقيب هذا

فان قلت

فان قلت اذا ادعى على اخر قصاصا فانكر فصالحه على مال لا يجوز فما الجواب عنه قلت ذلك ممنوع
لان علاء الدين العالم قال في طريقة الخلاف انه يجوز ثم قال نص عليه في اول صلح الجامع الكبير والباقي
يعلم في نسخ طريقة الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير
البرهان الاجل صاحب المحيط ابي محمد بن عزيز بن عمر بن ابي سهل البخاري المعروف بمازه قوله
ودفع الرشوة لدفع الظلم جائز روى محمد في السير الكبير عن ابي عميس المسعودي عن القاسم بن عبد
الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود انه كان بالحبشة فرشى دينارين قال محمد
لا باس به وليس هذا بسحت الا من اكله فاما من اعطاه لمنفعة فلا باس بذلك له وكذلك في
دار الاسلام ايضا ان رشى انسانا يخاف ظلمه وحبسه فلا باس بذلك للراشي ويكره ذلك للمرتشي
قال محمد بلغنا عن ابي الشعثاء جابر بن زيد انه قال ما وجدنا في زمن حجاج او زياد او ابن
زياد شيئا خيرا لنا من الرشا قال محمد فهذا لا باس به للمعطي لانه يدفع به عن نفسه ظلامة
وانما يكره ذلك للآخذ الى هنا لفظ كتاب السير الكبير قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ
الاسلام خواهر زاده الصلح مع المودع على اربعة اوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع
وجحد المودع والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع اقر بالايداع وسكت
ولم يدع الرد والهلاك وفي هذين الوجهين الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع
هلكت او رددت وصاحب المال ساكت او قال لا ادري فاصطلحا لا يجوز في قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويجوز في قول محمد والرابع اذا قال المودع ضاعت او رددت
وقال المالك لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وفي قول
ابي يوسف الاخر وهو قول محمد يجوز قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى ايضا قال
شيخ الاسلام خواهر زاده والفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما
اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت او قال المودع لا ضاعت
او رددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال القاضي الامام
علي السعدي اذا قال المودع او لا استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت تجوز
الصلح في قولهم الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى قوله قال فان وقع الصلح عن اقرار
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان المدعى عليه يعطي عوضا عما اقر به بتراضي المتعاقدين وذلك معنى البيع لان حقيقته
مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي فاذا تحقق معنى البيع فيه اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات
من جريان الشفعة في العقار وثبوت خيار العيب والروية والشرط وفساد العقد بجهالة
البدل لافضائها الى المنازعة بخلاف جهالة المصالح عنه لانها لا تفضي الى المنازعة لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليم البدل ايضا حتى اذا وقع الصلح على عبد ابق لا يجوز قوله وان وقع عن
عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات هذا لفظ القدوري في مختصره وانما اعتبر بالاجارة
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بعوض والاعتبار في العقود للمعاني ولهذا كان
البيع بالتعاطي صحيحا وكان الهبة بشرط العوض بيعا وكانت الحوالة بشرط مطالبة الاصيل
كفالة والكفالة بشرط براءة الاصل حوالة فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه
حتى لو وقع الصلح عن سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح ابدا
او الى ان يموت لم يجز وكذا اذا وقع الصلح على زراعة ارض سنين معلومة جاز واذا

لم تكن المدة معلومة فلا ويبطل الصلح بموت احد المتعاقدين ايضا كما في الاجارة ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما يستوف من المنفعة قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل ان الصلح علي معلوم عن معلوم او عن مجهول علي مجهول معلوم جائز والصلح علي شي مجهول عن معلوم او عن مجهول لا يجوز الا ان يكون ما وقع عليه الصلح مستغنيا عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما اذا ادعي كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا علي التتارك جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل المعقود بعينها وانما تبطل العقود لمعنى فيها وهو وقوع المنازعة فان كان مما يستغني عن قبضه لا تقع المنازعة في ثاني الحال جاز وان كان مما يحتاج الي قبضه وتقع المنازعة في ثاني الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه واذا ادعي رجل عين مال في يد رجل كالعبد والدار والارض وغيرهما فادعي كله او بعضه والمدعي عليه مقرا او جاحدا او ساكت فان الذي وقع عليه الصلح لا يخلو اما ان يكون دراهم او دنانير او كيليا او وزنيا او حيوانا او ثيابا لا يخلو اما ان يكون معينا او موصوفا غير معين او وقع الصلح علي منفعة اما اذا وقع الصلح علي دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقدارها ويقع علي الجياد من نقد البلد وان كانت في تلك البلد نقود مختلفة يقع علي الغالب منها وان لم تكن لبعضها علي بعض غلبة فلا يجوز الصلح ما لم يبين نقدا منها مع بيان القدر ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان الافتراق عن عين بدين في غير الصرف والسلم وما لا تبطله النسا لا يبطل العقد هذا اذا كانت الدراهم غير معينة واما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج الي بيان القدر والوصف ولكن لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاملات حتي ان المدعي عليه لو اراد ان يحبسها ويعطي المدعي مثلها كان له ذلك ولو هلكت في يده قبل التسليم الي المدعي او استحقت لم يبطل العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا في قدرها ووصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان ويترادان الفضل كما في البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قايم وهو عين في يد المدعي عليه وكذلك الصلح اذا وقع علي الدنانير وهو كما لو وقع الصلح علي الدراهم في جميع ما وصفنا وان صالح من دعواه علي كيلي كالحنطة والشعير او علي وزني كالحديد والصفر ان كان معينا اضاف العقد اليه وهو حاضر او غايب بعد ان كان ذلك في ملك المدعي عليه صح الصلح يقع علي ما سمي من الكيل والوزن وان اشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين ذلك فان كان موصوفا في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط لو بين الاجل جاز ويثبت والاصل ان الكيلي والوزني اعيانهما سلع واوصافهما ثمن فاذا عينا تعلق العقد باعيانهما واذا وصفا ولم يتعينا صار حكمهما كحكم الدراهم والدنانير وان صالحه علي ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتي ياتي بجميع شرايط السلم لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا علي اعتبار شرايط السلم ولو صالح من دعواه علي حيوان او علي ما يجوز فيه السلم بجهالته فلا يصح الصلح الا ان يكون معينا ولو صالح من دعواه علي منفعة معلومة فان كان ذلك مما يجوز ورود

الاجارة

الاجارة عليه صح الصلح وان كان ذلك مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح الي هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المدعي يزعم انه محق في دعواه والذي اخذه عوض عن حقه والمرء مواخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة والمدعي عليه يزعم ان المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه وليس بممتنع ان يختلف حكم الصلح في حقيهما كالاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق الثالث وكالخلع فانه معاوضة في جانب المرأة يمين في جانب الرجل وكالجهة الواحدة عند التحري فيكون قبلة في حق من توجه اليها ولا يكون قبلة في حق من توجه الي غيرها وكالنكاح حكمه الحل للناكح والحرمة لابيه وابنه وكذلك حكمه الحل في حق المرأة والحرمة في حق امها الي غير ذلك مما شابهه وهذا الذي ذكرناه ظاهر في الصلح علي الانكار اما اذا كان الصلح عن سكوت فكذلك لان السكوت يحتمل الامرين جميعا لانه يجوز ان يكون جاحدا او مقرا في الباطن فلما احتمل الامرين لم يجعل معاوضة في حق المدعي عليه بالسكوت **قوله** لما بينا اشارة الي ما ذكر قريبا من اربعة عشر خطا بقوله لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه الي اخره **قوله** قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وغيره معناه اذا كان عن انكار او سكت وذلك لان الصلح عن دار اذا كان مع اقرار المدعي عليه تجب فيها الشفعة لوجود معنى المعاوضة وانما لم تجب الشفعة فيما نحن فيه لان المدعي عليه اعطي المال لدفع الخصومة لا للمعاوضة ولا يصدق عليه المدعي في زعمه انه اخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة بخلاف ما اذا صالح علي دار حيث تجب فيها الشفعة وان كان عن انكار لان الذي في يده الدار يزعم انه ملكها بعوض والمرء مواخذ بزعمه فصار كانه قال اشتريتها منه ففيها الشفعة وجملة القول فيه ما قال الشيخ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا ادعي رجل دارا في يد رجل فصالحه علي مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار تجب للشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد يقر بان الدار كانت للمدعي وانما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فان كان ما وقع عليه الصلح مثليا اخذها الشفيع بمثله من صاحب اليد وان كان غير مثلي اخذها بالقيمة وان كان الصلح عن انكار فلا شفعة للشفيع فيها لان زعم المدعي عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومة لا بدلا للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله ان يدلي بحجته وان اقام البينة علي صاحب اليد ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعي عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الدار انما حصلت بالصلح فصار بمنزلة الشراء وان كان الصلح وقع علي ارض بعينها او علي دار بعينها للمدعي عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار او انكار لان من زعم المدعي انه انما اخذها بدلا عن الدار المتروكة وان للشفيع فيها الشفعة فاستوي في الماخوذة حكم الاقرار والانكار واختلف في

للمتروكة حكم الاقرار والانكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة
في المتروكة سوا كان الصلح عن اقرار او انكار لان بدل الدار ليس بعين مال ولو اصطلحا
على ان ياخذ المدعي الدار او يعطيه دارا اخرى فيجب في كل واحدة من الدار الشفعة
بقيمة الدار الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه
مبادلة دار بدار ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا يجب الشفعة فيهما
جميعا لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال واذا كان
الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الصلح عن اقرار معاوضة فصار كالبيع
سوا فاذا استحق بعض المبيع رجع بحصة ذلك من العوض فكذلك هنا يرجع المدعى
عليه على المدعي بقدر المستحق من العوض اي من بدل الصلح هذا اذا استحق بعض
المصالح عنه اما اذا استحق كل المصالح عنه عن اقرار رجع المدعى عليه على المدعي بكل
العوض كما في البيع وهذا في الصلح عن اقرار اما اذا كان الصلح عن انكار او سكوت فان استحق
المصالح عنه كله رد المدعي بدل الصلح كله على المدعى عليه ورجع بالخصومة على المستحق
لان المدعى عليه انما اعطاه المال ليسقط الخصومة عن نفسه ويدفع اليمين فلما استحق
المصالح عنه ظهر انه لم يكن للمدعي على المدعى عليه حق حق لا خصومة ولا يمين فما اخذه
اخذه بغير حق فلزمه رد ما اخذه ثم يرجع بالخصومة على المستحق ان شا لان
الدار في يده وان استحق بعض المصالح عنه ثلثا كان او ربعا او نحو ذلك رد
المدعي من العوض على المدعى عليه بقدر ذلك ورجع بالخصومة في ذلك القدر
على المستحق كما لو استحق بعض المبيع وذلك لانه خلا العوض في هذا القدر عن
الغرض لان غرض المدعى عليه من دفع العوض بقا المصالح عنه على ملكه فاذا
استحق بعض منه يظهر المستحق خلا من العوض بقدر ذلك عن الغرض فلذلك يرد
المدعي ذلك القدر من العوض **قوله** وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق
المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض هذا لفظ القدوري في مختصره
وقد مر بيانه انفا **قوله** وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه
هذا لفظ القدوري وقد مر البيان ايضا **قوله** ولو استحق المصالح عليه باقرار رجع
بكل المصالح عنه ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري يعني ان هذا الذي ذكرناه
فيما اذا استحق المصالح عنه كله او بعضه في صورتي الاقرار والانكار اما اذا استحق
المصالح عليه عن اقرار فان استحق كله رجع بكل المصالح عنه وان استحق بعضه
رجع بذلك القدر وان استحق كل المصالح عليه عن انكار رجع المدعي الى الدعوى
في كل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى على ان يسلم له المال الذي اخذه فلما
لم يسلم له ذلك رجع الى المبدل وهو دعوى المتنازع فيه وان استحق البعض
رجع بقدر ذلك الى الدعوى على المدعى عليه لان البدل لم يسلم له في هذا القدر
وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا ثم استحق ذلك الشي حيث يرجع
بالمدعي صورته ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على بيع ثوب بها فاستحق الثوب
من يد المدعي يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعي وهو الدار وذلك لان الاقدام

على البيع اقرار بالملك في الدار للمدعي والصلح عنها على شي ليس باقرار لان الصلح قد يكون
لدفع الخصومة الا ترى الى ما ذكر في الشامل ادعى على اخر الفا فانكر ثم صالحه
منه على ان باعه بها عبدا جاز وانه اقرار بالدين بخلاف ما لو صالحه على عبد لم يكن
اقرارا وذلك لان البيع تمليك بازاء تمليك فيستدعي الملك بخلاف الصلح لانه
اسقاط ونقل الاستروشني في الفصل السابع من الفصول عن باب الصلح
والغرور من الجامع الكبير ادعى على اخر عينا فصالحه من ذلك على دار عن انكار
وبنى المدعي فيها بناء ثم استحقت الدار رجع المدعي في دعواه لان الصلح انتقض
باستحقاق البدل فان لم يكن له بينة في دعواه ولا يرجع بشي وان اقام البينة او حلفه
فنكل عن اليمين واخذ العين المدعي فله ان يرجع عليه البنا في الدار المستحقة لانه
قد ظهر ان الاخر غره بتمليكها اياه فكان بمنزلة البايع فكان للمدعي ان يرجع عليه
بقيمة البنا ولو ادعى دارا فصالحه منها على دار اخرى وبنى كل واحد بناء
في الدار التي في يديه ثم استحقت الدار التي هي بدل الصلح يرجع في دعواه لما
مر الا ان هاهنا اذا اقام المدعي بينة على دعواه او حلفه فنكل عن اليمين يرجع
عليه بقيمة البنا في الدار التي كانت بدل الصلح ولا يرجع عليه بالدار المدعى بها وانما
يرجع عليه بقيمة الدار المدعاة وليس له ان ينقض بناه عند ابي حنيفة لان من
اصله ان من اشترى دارا شرا فاسدا وبنى فيها تصير الدار مستهلكة ويبطل
حق البايع في الاسترداد ويغرم القيمة وعندهما له ان ينقض بناه ويسترد الدار
لان الدار المشتراة شرا فاسدا لا تصير مستهلكة بالبنا فيها فله ان ينقض بنايه
وياخذ الدار وهذا اذا استحقت الدار التي هي بدل الصلح فان استحقت الدار
المدعاة فليس له ان يرجع بقيمة البنا على المدعي لان في زعمه انه بنى في ملك
نفسه وانه غير مغرور ولكنه يرجع على المدعي بقيمة الدار التي هي بدل الصلح
وليس له ان يسترد بدل الصلح عند ابي حنيفة لان المدعي ملكها من جهته ملكا فاسدا
وبنى فيها فانقطع حق المدعى عليه في الاسترداد وعندهما له ان ياخذ عين الدار
لان البنا لم يبطل حقه في الاسترداد كذا ذكر هذه المسايل في الجامع الكبير وهذه
المسايل تدل على ان من اشترى دارا فاسدا وبنى فيها ثم استحقت يرجع
بقيمة البنا على البايع كما في البيع الصحيح وينبغي ان يكون كذلك بتحقق الغرور
والمسئلة كانت واقعة الفتوى بسمرقند كذا في الفصول **قوله** ولو هلك بدل
الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في
فصل الاقرار والانكار **قوله** قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من
ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيا من العوض اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان باستحقاق بعض الدار لا يتبين ان الحق المدعى من
الدار استحقت لجواز ان يكون ذلك الحق في الباقي بعد الاستحقاق بخلاف ما
اذا استحق جميع الدار حيث يرجع على المدعي بما اخذه لانه تبين انه اخذ ما اخذه
بغير حق **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في اخر باب الاستحقاق **قوله**
ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح لان ما قبضه عين حقه وهو دعواه

في الباقي اي في الباقي الدار قال صاحب الهداية والوجه فيه احدا مرين اي وجه الصحة
وهو الحيلة في صحة الصلح احدا مرين اما زيادة درهم في بدل الصلح حتى يكون ذلك
بمقابلة الباقي بعد تلك القطعة او قول المدعي بريت عن باقي الدار او عن دعوى
الباقي وانما ذكر هذه المسيلة تفريعا على مسيلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في باب الصلح في العقار من شرح الكافي وان صالح على بيت منها
او على سكنى بيت منها او من غيرها سنين معلومة جاز لانه ان وقع على بيت من
غيرها يكون بيعا وعلى سكنى بيت من غيرها يكون اجارة على بدل معلوم في زعم المدعي
فيجوز وان كان على بيت منها او على سكنى بيت منها يكون استيفا لبعض او استيفا
لبعض منافع حقه وتركا للباقي وفي زعم المدعى عليه يكون البدل رشوة في الوجهين
لصيانة ما وجهه فيستقيم في الجانبين ولو اراد المدعي ان يدعي البينة ليس له
ذلك ان كان الصلح على غير المدعى لانه وصل اليه كل حقه باعتبار بدله وان كان الصلح
على بعض المدعي له ذلك لان حقه لا يبطل بالترك ولو كان الدعوى في الدين لا يكون
له ذلك فيكون ذلك بمنزلة الابرا الى هنا لفظ شرح الكافي وقال في الفصل الرابع
عشر من دعوى خلاصة الفتاوى وعن محمد رحمه الله لو قال الرجل لاخر ابراتك
من هذه الدار او من خصومتي في هذه الدار او من دعواي او بريت من هذه الدار
جاز ولا حق له فيها فعلم بهذا ان ما قاله بعضهم في شرحه ناقلا عن الذخيرة ان صورة
الابرا ان يقول بريت من هذه الدار او بريت من دعوى في هذه الدار لا قوله
ابراتك عن هذه الدار او عن خصومتي في هذه الدار لان ذلك باطل فيه نظر
لان معناه انه لا يسمع بينته على المخاطب في دعوى الدار بعد قوله ابراتك ولكن
يسمع على غيره ولا يكون البراة ثابتة في حق غيره بل يكون باطلا في حق غيره لانه خاطبه
خاصة بخلاف غيره قوله بريت حيث لا يسمع بينته لا عليه ولا على غيره الا ترى
الى ما ذكر في الواقعات الحسامية في باب الدعوى بعلامة الواو رجل ادعى على
رجل دارا وعبدا ثم قال المدعي للمدعى عليه ابراتك عن هذه الدار او عن خصومتي
في هذه الدار او عن دعواي في هذه الدار فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعد ذلك يسمع ولو
اقام البينة يقبل بخلاف ما لو قال بريت من هذه الدار او قال بريت من دعواي
في هذه الدار لا يقبل بينته بعد ذلك وكذلك اذا قال انا بري من هذا العبد او
خرجت فليس له ان يدعي بعد ذلك لان قوله ابراتك عن خصومتي في هذه الدار
خطاب الواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله بريت لانه اضاف البراة
الى نفسه مطلقا فيكون بريا الى هنا لفظ الواقعات فعلم بهذا التعليل ان المراد
من البطلان المذكور في الذخيرة صحة الدعوى على غير المخاطب وسماع البينة على
غيره بعد ابراء المخاطب فصل لما ذكر قبل هذا مشروعية الصلح وانواعه
الثلاثة ذكر في هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله والصلح جايز عن دعوى
الاموال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والمنافع وجناية العمد والخطا
اما جوازه عن دعوى المال فلما روي ان عثمان رضي الله عنه صالح تماضر
امراة عبد الرحمن ابن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين الف درهم وكان

ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وسيجي ذلك في فصل التخارج ولان الصلح عن الاموال
في معنى البيع فما جاز بيعه جاز الصلح عنه اما معنى البيع في الصلح عن اقرار فظاهر لانه معاوضة
من الجانبين وفي الصلح عن انكار او سكوت لانه معاوضة في زعم المدعي لانه ياخذ
ما ياخذه عوضا عن حقه فكان فيه معنى البيع ايضا واما الصلح عن دعوى المنافع
فلانه يجوز اخذ العوض عنها في العقود فكذلك بالصلح اصله الاعيان قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الوصايا واذا اوصى الرجل
لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على
دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد اخر او على ركوب دابة او على لبس
ثوب شهرا فهو جايز والقياس ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير
والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح
الا انا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب
له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظه تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط
فان لم يمكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق
معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز الصلح على خدمة عبد اخر
فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل
ذلك وصي الوارث الصغير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى له
بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جايز لانه عقد اسقاط وقد تم
بالموت لان حقه في منفعته ما دام حيا وقد سقط كل ذلك بالصلح فسلم
له به بخلاف ما اذا آجر عبدا مدة ثم مات قبل مضي المدة فانه ثمه لم يسلم جميع
ما قوبل بالمبدل فلا يسلم البدل ايضا في مقابلته له قوله والمنافع بالجر اي الصلح
جايز عن دعوى المنافع قوله قال ويصح عن جناية العمد والخطا اي قال القدوري
في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصلح عن
كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال او كثر جايز لان القصاص مما يحتمل
الاسقاط بغير مال فيحتمل بالمال ايضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة
واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع
بالمعروف واداء اليه باحسان قيل ان الاية نزلت في الصلح عن دم العمد
وهو قول بن عباس رضي الله عنه وقيل ان الاية نزلت في دم بين شريكين
عفا احدهما انه يتقلب نصيب الاخر مالا واما السنة فما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا
قتلوا وان احبوا اخذوا الدية اراد به برضا القاتل واجماع الامة على هذا كذا
في شرح الكافي ولان دم العمد حق يجوز ان يول الى مال وهو اذا دخلته
شبهة فجاز الصلح منه على مال كالرد بالعيب واما الصلح عن جناية الخطا
على مال فجايز لان الواجب فيها مال ويجوز الصلح عن الاموال قوله اما الاول
فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الاية في تاويل الاية اختلاف قال
بعضهم من كفاية عن القاتل وكذلك قوله فمن عفي له اي عنه فمعناه اذا عفي

الولي عن القاتل فليتبع باخذ الدية بالمعروف شا القاتل او ابى ليود القاتل الدية
اليه باحسان وقال بعضهم تاويل قوله فمن عفى له من اخيه شي هو الولي دون
القاتل لانه قال فمن عفى له والقاتل هو المعفو عنه فاما المعفو له فهو الولي معناه
من بذل له واعطى من اخيه شي بطريق الفضل والسهولة وهكذا روي بن
عباس قال الشيخ ابو منصور رح هذا التاويل هو الصحيح عندنا والواجب هو القود
بطريق التعيين في قتل العمد فان صدر الاية يدل عليه وهو قوله كتب عليكم
القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص فلو كان الخيار بين
القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شا او ابى لم يكن القصاص مكتوبا
عليه انما المكتوب عليه احدها والباقي يعلم في شرح التاويلات وغيره **قوله**
وهو بمنزلة النكاح اي الصلح بمنزلة النكاح يعني ان كل ما يصلح تسمية مهرا في النكاح
يصلح بدل الصلح ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح يصلح مهرا لانه اذا صالحه على ان يعفو
عن هذا الدم على ان يعفوا الاخر عن قصاص له قبل رجل اخر جاز وعفو القصاص
لا يصلح مهرا قال شمس الايمة البيهقي في الكفاية وكل ما يصلح مهرا بدل الصلح عن الدم وكل
ما ذكر مهرا ولم يصح تسميته ووجب مهر المثل هنا تجب الدية والارش في ماله حالا
لان الدية هنا كمهر المثل هنالك لان كل واحد يجب بدلا عن مال ثم القود يسقط
بادنى شي ولم يرض مجانا فيجب ما ذكرنا الا في فصل اذا صالح عن دم العمد على خمر
يسقط القصاص ولا يجب شي بخلاف المهر لان هنالك يملك العفو بلا شي فاذا
ذكر ما لا يصلح عوضا اصلا فكانه عفى وفي النكاح لا يمكن بدون مهر وقال في الايضاح
وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تحملت في المهر هنا وما يمنع صحة
التسمية يمنع وجوبه في الصلح والمعنى الجامع بينهما انه مال وجب ابتدا لا في مقابلة
مال وفي كل موضع بطلت التسمية في النكاح فكذلك في الصلح الا ان القصاص
يسقط وتجب بدل النفس وهو الدية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر
المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر
المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شي لان وجوب المهر في باب
النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال فاذا لم يكن المسمى مالا الغت
التسمية فصار كانه لم يسم مهرا فوجب مهر المثل فاما في باب الصلح فوجوب المال
ليس من ضروراته فانه لو عفى ولم يسم مالا لم يجب شي **قوله** وفي النكاح يجب
مهر المثل في الفصلين اي في فصل فساد التسمية للجهالة وفي فصل ذكر ما لا
يصلح مهرا كالخمر لان النكاح لم يشرع بلا مال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
ان تبتغوا باموالكم **قوله** وتجب مع السكوت حكما اي يجب مهر المثل مع
السكوت عن ذكر المهر شرعا **قوله** ويجب في اطلاق جواب الكتاب الجناية
في النفس وما دونها اراد بجواب الكتاب قوله يصح عن جناية العمد والخطا
لان الجناية اعم من ان يكون واقعة على النفس او ما دونها قال شمس الايمة البيهقي
في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على اكثر من الدية وفي الخطا
لا يجوز على الزيادة لان الواجب في الصورة الاولى ليس بمال فجاز كيف ما كان

وفي الثانية الواجب مال مقدر شرعا بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه **قوله** وهذا بخلاف الصلح
عن حق الشفعة اي الذي قلنا من صحة الصلح عن جناية العمد والخطا بخلاف الصلح عن حق
الشفعة فانه لا يجوز لانه مجرد حق لا يثبت ذلك في المحل قبل تملك المحل وهو الدار مثلا
والقصاص ليس كذلك لان الملك ثابت في المحل لمن له القصاص قبل اخذ القصاص
فجاز اخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كاخذ العوض عن عبده في الاعتاق على
مال فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض عن طلب
الشفعة واشتغاله بالصلح اعراض وانما قيد بالصلح عن حق الشفعة على مال لانه
اذا صالح من شفعته على نصف الدار او على ثلث منها او ربع جاز وهي مذكورة
في الاصل قال في الشامل في باب الصلح في الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا
ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان هذا يكون
شرا مبتدا لا اخذا بالشفعة لانه ليس له اخذ البعض دون البعض ويجوز الشرا
على هذا الوجه صالحه على ان يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن
فالصلح باطل وحق الشفعة باق ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم
لا يجب المال وبطلت الشفعة لانه لما صالح على بيت منها فقد ذكر في الصلح
ما يصح اخذه لو كان معلوما الا ترى انه لو سمى ربع الدار بربع الثمن جاز الا انه
بطل الاخذ لاجل الجهالة وبقي الحق اما في الصورة الثانية شرط في الصلح ما لا يجوز اخذه
فبطل حقه مجانا الى هنا لفظ الشامل **قوله** والكفالة بالنفس بمنزلة الشفعة اي لا يجوز
الصلح عن الكفالة بالنفس على مال حتى لا يجب المال على الكفيل للمكفول له فاذا لم يجز
الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة ام لا فيه روايتان في رواية ابي حفص
في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة
وفي رواية ابي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان
كذا في الفتاوى الصغرى قال صاحب التحفة ان الكفيل بالنفس اذا صالح المكفول
له بمال معلوم على ان يبريه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة **قوله** على ما
عرف في موضعه اي في المبسوط **قوله** واما الثاني وهو عطف على قوله اما
الاول واراد بالثاني الصلح عن جناية الخطا فانه يجوز لان موجبها مال فكان
كالبيع فجاز ان يقع بمقابلتها عوض عن المال الا انه لا يجوز الصلح على اكثر من الدية
لئلا يلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي بخلاف الصلح عن القصاص فانه يجوز
على اكثر من قدر الدية لان المال لم يجب بالعمد وانما وجب بالعقد فيتقوم
بقدر ما وقع عليه العقد قل او كثر **قوله** وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية
اي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما اذا صالح عن جناية الخطا على احد
مقادير الدية كالابل والذهب والفضة اما اذا صالح على غير مقادير الدية
كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة
الا انه يشترط قبض بدل الصلح في المجلس لئلا يكون دينا بدين وهو دين الدية
بدين بدل الصلح وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما اذا
لم يقض القاضي بذلك اما اذا قضى القاضي بنوع من المقادير الدية ثم

صالح علي نوع آخر منها بالزيادة جاز كما اذا قضى القاضي بماية بعير فصالح علي اكثر من مائتين
بقرة او الف دينار جاز لانه تعين الوجوب في الابل بالقضا فكان البقر بدلا عنها فجاز
كيف ما كان قال ابو العباس الناطفي في اخر كتاب الصلح من الاجناس نافلا عن
نوادر ابن سماعة عن محمد لو صالحه بعد القضا بماية من الابل علي ثلثماية بقر
وقبض جاز وان كان قبل القضا لم يجز ولو صالحه قبل القضاء بالابل علي اكثر من عشرة
الاف درهم او الف دينار لم يجز وان كان بعد القضا جاز اذا قبض ثم نقل في
الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد اذا حكم بالابل ثم صالح علي اكثر
من مايتي بقرة او الفي شاة لم يجز الا ان يكون من غير جنس الدية فيجوز قوله
بخلاف الصلح ابتدا اي لا يجوز الصلح بالزيادة علي نوع من مقادير الدية قبل قضاء
القاضي علي نوع اخر منها لان تركه صنيعهما علي نوع منها متعين للواجب الشرعي
فلا يجوز الزيادة علي المتعين شرعا قوله قال ولا يجوز من دعوى حد اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الحد وحق الله تعالى فلا يجوز اخذ العوض
عن حق غيره قال محمد في الاصل ولو ادعي قبله انه شارب خمر وقال
ارفعك الي السلطان فصالحه علي ماية درهم علي ان يكف عنه او صالحه
بماية درهم علي ان يفو بشرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز وكذلك لو ادعي انه
زنا بهذه المرأة فصالحه علي ماية درهم علي ان يكف عنه ولا يرفعه الي السلطان
كان هذا كله باطل لا يجوز لان الذي انما صالحه علي حد ودمن حد ود الله تعالى
ولو ادعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعي قبله علي ماية درهم علي ان ابراه
من السرقة فهذا جايز لان هذا ادعي قبله حقا وذلك لان دعوى السرقة دعوى
المال لانه انما يصح دعواه في حق المال فصار الصلح فيه علي مال يا خذه المدعى
كما في ساير المواضع ثم قال في الاصل ولو صالحه علي ماية درهم علي ان يقر له
بالسرقة ففعل ذلك فان كانت العروض قايمة بعينها فالصلح جايز وان كانت
مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى الجراحات
والحدود وتفسيره ما قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب الصلح
في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي فان كانت العروض قايمة بعينها
جاز لانه يكون بيعا لذلك العروض في زعمه بماية درهم وان كانت مستهلكة
لم يجز لانه يكون بيع الدرهم بدراهم اقل منه او اكثر ثم قال في الاصل والصلح في
الحدود كلها علي مال او غير مال مردود فلا يجوز قوله ولهذا لا يجوز الاعتياض
اذا ادعت المرأة نسب ولدها هذا ايضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق
غيره وذلك لان النسب حق الولد قال شمس الايمة البيهقي في الكفاية
المطلقة المبانة ادعت ان هذا الولد للمطلق وصالح من النسب علي ماية
لا يصح لانه حق الولد ايضا لا يمكن اخذ العوض عن النسب ولو ادعت نكاحا بغير ولد
فصالح علي ماية لم يجز ويسترد المال ان دفع لان العوض علي ترك النكاح من جانب
الزوج ليس بمشروع الي هنا لفظه في الكفاية قوله وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه
الي طريق العامة هذا ايضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره وتمام البيان فيه

ماذكره

بسم الله الرحمن الرحيم لا اله الا الله على للقائه محمد رسول الله سيد اصفيائه
صب محب الى لقياك يرتقب
[…]هدى السلام وهذا بعض ما يحب
[…] حضرة ذي الهمم العليه والاخلاق الحسنة المرضيه صدر المواكب وبدر الكواكب
[…]ظم اركان الدولة العثمانيه قاضي العساكر المنصورة باناطولي حضرة مولانا زكريا
[…]ندي فسح مولانا له ولاولاده في الاجل واورق لهم بسلامة المخاديم غصن الامل
[…]ا بعد فاني احمد اليكم الله الذي لا اله الا هو واصلي واسلم على سيدنا وسندنا محمد
[…]له وصحبه السبب الداعي لعرضها اشواق اليكم زايده وادعيه عقب الاوراد
[…]الاذكار متواصله والظواهر والبواطن منجذبه اليكم بذلك شاهده والمرجو
[…]كرمكم وحسن معاملتكم لله عدم الغفله عن العرض الذي ابتغيناه عندكم بسبب
[…]زاويه والاجر والخير لكم والثواب والمسؤل من حضرتكم اغتنام دعاء حضرة
[…]لانا وسيدنا ومحل اعتقادنا مولانا الشيخ محمود ودعاء اولاده بالنظر في مصلحة
[…]شيخ ومصالح اولاده وقد خرجت مدارس اولاده عنهم في هذا الزمان وبقي
[…]رسة واحدة الكلتاويه فالمرجو من مراحمكم ابقاء هذه المدرسه كرامة لخاطر
[…]شيخ وخاطر الفقير فانه منسوب الينا وقد جاء ابن خليل المصري وتوزع بحجة
[…]ناحلب عن تدريس المدرسه للشيخ محمود وعن التوليه للشيخ رضي الدين ابن المرحوم
[…]شيخ جمال الدين فليكن على شريف علمكم ومهما امكنكم من فعل الخير معنا ومع محبكم
[…]شيخ افعلوه والله تعالى يجزيكم العطا من فضله من المحب المخلص الداعي الا قل من
الله تعالى تفضلوا بعوض مدارس اولاد الشيخ او بعودها سلطان خليل موسى الارجاوكي

ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الاعتياض قال
ولو كان لرجل ظلة او كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه واراد طرحه فصالحه
من ذلك على دراهم مسماه ليتركه كان باطلا وهذا على وجهين اما ان كان على هذا
طريق نافذا وغير نافذ والصلح على الترك او على الطرح ونعني بالنافذ ما لا يكون لقوم
خاص وغير النافذ ما يكون لقوم خاص وقد يكون النافذ خاصا ولكن الظاهر انه متى
كان المنتفع به العامة كان حق العامة ولا يخلو اما ان يكون ذلك بحق او بغير حق
والصلح على الطرح او الترك اما اذا كان الطريق مملوكا للعامة وعليها ظلة او كنيف
لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطي له شيئا او على الترك فياخذ منه شيئا ان كان بغير
حق كان باطلا لان طرحه واجب عليه لكونه شاغلا هواء المسلمين بغير حق فواجب
على واحد من آحاد الناس ان يامره بالطرح على سبيل الامر بالمعروف فهذا في الحقيقة
باخذ المال ليترك الامر بالمعروف فيكون حراما وكذلك ان صالح على الطرح لان الطرح
عليه واجب فهذا في الحقيقة باخذ المال لاقامة امر واجب فيكون حراما وان كان
الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بان اختط الامام موضعا لانسان حين فتح البلد
وجعل هواه لاخر فالصلح فيها على الطرح جائز لانه يسقط حقه وهو التعلي بمال وفيه
نفع لهذا المصالح وللناس كافة فيصح وصالح على الترك لا يجوز لانه لا يستفيد بهذا الصلح
شيئا وان كان على طريق مملوك ان كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما
قلنا وان كان بغير حق ان صالح على الطرح جاز لان له فيه نوع حق فهذا يسقط حقه
بازاء ما اخذ وفيه نوع نفع للمصالح واهل السكة فيجوز وان صالح على الترك جاز وذكر الشيخ
ابو بكر محمد بن ابراهيم الميداني قال انما يجوز اذا اجازه اهل السكة لانه ينتفع بهذا الصلح
حينئذ اما اذا لم يجيزوا ينبغي ان لا يجوز لانه لا يفيد والصحيح انه يجوز سواء سلم اهل السكة
او لم يسلموا لان هذا الرجل انما اخذ العوض عن حق نفسه فانه كان له حق في ذلك
الهواء وقد ابطله بعوض فصح وهو مفيد في الجملة عند استرضاء الباقين كذا ذكر
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ونقل بعض الشارحين عن شيخ الاسلام خواهر زاده
ان الامام لو صالح صاحب الظلة على دراهم ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت
في طريق العامة ان كان في ذلك صالح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال
لان الاعتياض عن الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال
يجوز **قوله** ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف اي يدخل حد القذف تحت قوله
ولا يجوز من دعوى حد لان الحد باطلاقه يشمل كل حد قال شمس الائمة البيهقي
في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال وهو على حجته لان
المغلب حق الله تعالى كما لو اخذ من مرتكب كبيرة على ان لا يرفعه الى السلطان
وكان ايضا دفع مالا الى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ويصير الشاهد
فاسقا لا تقبل شهادته الا اذا تاب كسائر الفسقة **قوله** واذا ادعى رجل على
امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان
في معنى الخلع هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا بناء على ان الصلح يجب اعتبارا
باقرب العقود اليه واخذ المال على ترك البضع هو الخلع فصار في حق المدعي

دفع شيئا الى شاهد [illegible]
فاسق لا تسمع شهادته
الا اذا تاب

في معنى الخلع وذلك جايز وفي حقها يكون ما بذلته لاسقاط الخصومة والمراد من جواز الصلح
نفاده في الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان خلاف ما قال لا يحل له
اخذه كذا في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك
ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك قيل هذا لا يرد علينا سوال الشافعي رحمه
الله في مسيلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت فصالحت
على مال لا يجوز ولين صحت تلك المسيلة كما اوردها في شرح طريقة الخلاف فالجواب
عنها ما مر في تلك المسيلة قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ولو ان رجلا ادعى على امراة انها امراته فانكرت ذلك فصالحته على مائة درهم
على ان يبرا من تزوجها الذي ادعى اجزته اذا قبل ويكون هذا خلعا في حق
المدعي وبدل المال والرشوة في حقها قطعا لمنازعته ولو اقام بينة على تزوجه
بعد الصلح لم يقبل لانه لا يعتبد لانه تقرر معنى الخلع وكذلك لو قالت اعطيك مائة
درهم على المباراة او على انك بري من دعواك او على انه لا نكاح بيني وبينك
كذا في شرح الكافي في باب الصلح في الاجارة والمهر والنكاح والطلاق **قوله** قالوا اي
قال المشايخ المتاخرون **قوله** قال فان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها
على مال بذله لها جاز قال صاحب الهداية هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي
بعضها قال لم تجز يعني اختلفت الرواية في نسخ مختصر القدوري في هذه المسيلة
فذكر في بعضها الجواز وفي بعضها عدم الجواز ورايت في نسخة ثقة من نسخ
القدوري مكتوبة في تاريخ سنة خمس وعشرين وخمسماية عدم الجواز فقال
وان ادعت امراه نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها لم تجز قال صاحب
الهداية وجه الاول اي وجه الجواز ان تجعل زيادة في مهرها وفيه نظر عندي
لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح
عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر
والاصح هو الوجه الثاني وهو الذي اثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ ابو نصر البغدادي
لا غير وقد رويناه ذلك ايضا عن الكفالة قبل هذا وقد نص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره
وعلل الشيخ ابو نصر بقوله وذلك لانه اذا دفع اليها لتترك دعوى النكاح فليس يخلو اما ان
يجعل تركها للدعوى فرقة او لا يكون فرقة ولا يجوز ان يجعل فرقة لان الزوج لا يعطي
العوض في الفرقة وان لم تكن فرقة فالحال على ما كانت عليه من قبل الدعوى فلا
يكون ما اخذته عوضا عن شي فلا يجوز ويلزمها رده **قوله** قال وان ادعى على
رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على
مال اي قال القدوري في مختصره قال محمد في الاصل في باب دعوى الرق والصلح
فيه واذا ادعى رجل على رجل مجهول انه عبده فانكر المدعى عليه ذلك ثم صالحه
المدعى عليه من ذلك على مائة درهم فهو جايز وان اقام المدعي البينة بعد ذلك
انه عبده لم يقبل منه وهذا بمنزلة العتق غير انه ليس له ولاء اذا لم يقم بينة
الى هنا لفظ محمد في الاصل وذلك لان في زعم المدعي انه اخذ المال عن اسقاط
الرق واسقاط الحق عن الرق جايز باخذ المال كالكتابة وفي زعم المدعى عليه

انه حر الاصل

انه حر الاصل فانما يسقط الخصومة عن نفسه بما يعطيه وذلك جايز فان اقام المدعي البينة
فلا شي له الا الولا لان رضاه باخذ العوض من عبده عتق على مال فلزمه وان لم يقم
له بينة فلا ولا له لانه غير مصدق في الدعوى فلا يثبت له الولا بمجرد دعواه كذا
في شرح الاقطع وقال في شرح الكافي لم يكن له ولا بقضية الصلح لانه لم يكن الاعتاق
ظاهرا يوميذ فلو انه بين ان الصلح السابق وقع اعتاقا وان له عليه الولا فيقبل بينته
من حيث انه يدعي الولا لا من حيث انه يدعي العتق وقال محمد في الاصل وكذلك
لو قال اصالحك من دعوى على وصيف الى اجل او على كذا من الغنم الى اجل كان ذلك
جايزا وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض وكل شي يجوز فيه المكاتبة فهو في
هذا الباب جايز ولو اخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة
لان هذا قد عتق حين وقع الصلح الى هنا لفظ محمد في الاصل وذلك لان الحيوان
يثبت دينا في الذمة في مبادلة مال بغير مال كما في النكاح والديات وهذا
في زعم المدعي هكذا وفي زعم المدعي عليه هكذا لانه يسقط حق الخصومة ولهذا
وكل شي يجوز في الكتابة فهو جايز في هذا لانه نظيرها فجاز اخذ الكفيل بذلك لانه
نظير الاعتاق على مال فيكون دينا على الحر فتصح الكفالة بها بخلاف بدل الكتابة **قوله**
ولهذا يصح على حيوان في ذمته الى اجل ايضاح لقوله وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال يعني ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في مقابلة مال بمال
ولو كان الصلح عن دعوى الرق على حيوان كذلك لم يصح الصلح ولكنه صح الصلح
على حيوان لان الحيوان يثبت دينا في الذمة في مقابلة ما ليس بمال كما في الديات
والنكاح فعلم ان هذا الصلح بمنزلة الاعتاق على مال في حق المدعي **قوله** قال واذا
قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم تجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له
رجلا عمدا فصالحه جاز وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لان الماذون
يملك التصرف فيما هو من كسبه وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست
هي من تجارته ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هي للخدمة ولهذا لا يجب الزكاة
على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة الفطر وكان التصرف في رقبته الى
مولاه لا اليه فلما لم يكن له التصرف في نفسه لم تجز له ان يصالح عن نفسه
بخلاف ما اذا كان لهذا الماذون عبد قتل رجلا عمدا فصالح عنه مولاه الماذون
جاز لان عبده من كسبه وتجارته ولهذا كان له ان يبيعه وقد صار عبده بحكم الجناية
مستحق الهلاك والمستحق كالزايل عن ملكه فاذا صالح عنه صار كانه اشتراه فجاز
لان الماذون يملك الشرا **قوله** وهذا شراوه اي صلح الماذون عن عبده القاتل
عمدا بمنزلة شرايه ابتدا لانه مستحق الهلاك والمستحق كالزايل فيملكه اي يملك
الماذون الشرا لانه من التجارة **قوله** ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه اي قال في
الجامع الصغير هذا اذا كان المغصوب مستهلكا فان كان قايما بعينه فالصلح
جايز بالغا ما بلغ في القولين جميعا وعليه نص في الاصل في باب الصلح في الغصب

صاحب بتعنيد

وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فابق منه او هلك في يده فصالحه على اكثر من قيمته من
اصحابنا من قال الخلاف فيما اذا ابق العبد اما اذا كان مستهلكا فصالح اكثر من قيمته لا
تجوز عندهم والاصح ان الخلاف فيهما جميعا كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع
الصغير وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فهلك في يده فصالحه على مال ثم اقام
الغاصب البينة على ان قيمته اقل مما صالح عليه بكثير لم يقبل بينته في قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل بينته ويرد زيادة القيمة على الغاصب اذا
كان العبد مستهلكا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وجه قولهما
ان الواجب عند اختيار الضمان قدر القيمة فاذا صالح على اكثر من القيمة كان ربوا
فلا تجوز كما اذا اصلح من الدية على اكثر من الف دينار او من عشرة الاف درهم
لا تجوز وكما اذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة باكثر من الثمن الذي اشترى به
المشتري ورضي به الشفيع لم تجز وكما اذا كان العبد بين اثنين اعتقه احدهما وهو
موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالزيادة باطلة وكما لو قضى القاضي
بقيمة المغصوب على الغاصب ثم صالح على اكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق فكذا هنا
بخلاف ما اذا صالح على عرض قيمته اكثر من قيمة المغصوب فانه يجوز لان الزيادة
لا تظهر عند اختلاف الجنس فلا يكون ربوا وبخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل تحت
تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربوا **قوله** قول ابي حنيفة رحمه الله
ان حق المغصوب منه في المغصوب الهالك لم ينقطع ولم يتحول الى القيمة
فاذا كان حقه باقيا فيه كان هذا صلحا عن المغصوب لا عن قيمته فلو صالح عنه
حال قيامه على اكثر من قيمته جاز فكذلك بعد هلاكه لانه لا يتحقق الربوا بين
الثوب والعبد وبين الدراهم والدليل ان حقه لم ينقطع انه مخير بين ان يبقى المغصوب على حاله
على ملكه ويبريه من ضمان القيمة ولهذا لو اختار ذلك يكون الكفن على المالك
ويظهر ملكه في حق الخصومة وجواز الصلح عنه حتى لو كان العبد ابقا فعاد من
الاباق عاد ملكا له ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له ولو كان نصب
شبكة فتعلق بها صيد بعد موته كان للمغصوب منه وانما يملك الكسب بملك
الاصل وبين ان يزيل المغصوب عن ملكه الى القيمة فاذا اختار القيمة حق ثابت
له فكان التقدير اليهما فاذا قدرا بهذا جاز على ما تراضيا فتكون القيمة ما جعلاه
قيمة فلا يلزم الربوا والدليل على ان حقه لم ينقطع قيمته ايضا انه لو صالح من
القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منقطعا ووجبت
القيمة عينا لما صح لانه يكون سلما فلا بد من شرايط عقد السلم ونقول ان حق المغصوب
منه في المثل صورة ومعنى لانه هو الاصل في ضمان العدوان وانما ينقل عنه الى
المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضا فقبل القضا اذا اصطلحا على الاكثر لا يلزم
الربوا لان ذلك اعتياض عن حقه في العين لا استيفا لعين حقه باكثر منه
فلا يتحقق الربوا بخلاف ما اذا كان الصلح على الاكثر بعد قضا القاضي بالقيمة
لانه تقرر الحق فيها فتكون الزيادة ربوا لا محالة وبخلاف الدية فانها مقدرة
شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لئلا يلزم تغيير الثابت شرعا وبخلاف مسئلة

الشفعة ايضا

الشفعة ايضا فان المشتري مجبور على ازالة الملك الى الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي قام
عليه فكان ذلك متعينا فلا يملكا التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق
لانا نقول لا نسلم انه لا يجوز الصلح على اكثر من قيمة نصف العتق على قول ابي حنيفة
لان بعض اصحابنا منعوا ذلك على قول ابي حنيفة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولئن سلمنا ذلك فنقول لا يرد علينا ذلك لان ثمة حق
الساكت مقدر في القيمة شرعا لا يحتمل المزيد قال النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق
عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان
المعتق موسرا فعليه خلاصه والا سعى العبد فيه وفيما نحن فيه لم يوجب التقدير
شرعا وان كان المغصوب قايما فالصلح على اكثر من القيمة جايز في قولهم جميعا لانه بيع
قوله ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب فيقال ثوب
يهودي **قوله** يكون الكفن عليه اي كفن العبد على المغصوب منه **قوله** فقبله
اي قبل القضا **قوله** قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو
موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد بين رجلين اعتقه احدهما
وهو موسر فصالح الذي لم يعتق العبد على اكثر من نصف قيمته دراهم او دنانير
قال ابطل الفضل على نصف قيمته وان صالحه على عروض فهو جايز الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير قال صاحب الهداية وهذا بالاتفاق وقد منعه بعض
اصحابنا مر بيانه قبل هذا وعلى تقدير التسليم فنقول مذهبهما ظاهر لانهما انما ابطلا
الفضل بالغبن الفاحش في المسئلة المتقدمة لكونه ربوا وهذا كذلك وابو حنيفة رحمه
الله فرق فقال الفضل في صلح الشريك الساكت على اكثر من نصف القيمة لا يجوز
لان القيمة مقدرة شرعا بقيمة عدل فلا يجوز تغييرها لان تقدير الشرع ليس باقل
من تقدير القاضي فاذا قدر القاضي لا يجوز الصلح على اكثر من ذلك فكذا لا يجوز الفضل
على التقدير الشرعي بخلاف المسئلة المتقدمة فان القيمة ليست بمخصوصة
فكانت القيمة ما اتفقا عليه فلا يلزم الربوا وبخلاف ما اذا صالح على عروض
حيث يجوز الصلح على الفضل لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة فلا يتحقق
الربوا

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان صلح الانسان
بمباشرته اصلا قدمه على الصلح الواقع بمباشرة غيره وتصرفه وهو المراد من التبرع بالصلح
لان عمل الشخص لغيره تبرع **قوله** قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما
صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي قال القدوري في مختصره ورواية الشيخ ابي
نصر في المختصر صالح عليه والضمير راجع الى ما والمراد منه بدل الصلح وعلى رواية
صاحب الهداية الضمير في عنه راجع الى من وكل اي عن الموكل فعلى التقديرين يكون
معناه لم يلزم الوكيل ما صالح وهو بدل الصلح بل هو لازم على الموكل الا اذا ضمنه واللام
في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها قال صاحب
الهداية وتاويل المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض
ما يدعيه من الدين يعني ان هذا الذي ذكره القدوري وهو قوله لم يلزم

الوكيل ما صالح لا يصح على الاطلاق وانما يصح فيما اذا لم يكن الصلح في معنى المعاوضة كالصلح عن
دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط فكان الوكيل فيه سفيرا ولا يتعلق
حقوق العقد بالسفير كما في الوكيل بالنكاح الا اذا ضمن بدل الصلح ح يلزمه بحكم الكفالة
والضمان لا بحكم عقد الصلح اما اذا وكله بالصلح عن مال بمال فيجب ان يلزم المال
الوكيل لانه في معنى البيع وحقوق العقد في البيع يتعلق بالوكيل دون الموكل كذا في
شرح الاقطع وهذا التقدير على ما قال صاحب الهداية ولكن صاحب التحفة قال
على اطلاق جواب المختصر اذا لم يضمن وكذلك قال في شرح الطحاوي ايضا قال
في التحفة اذا كان الصلح باذن المدعى عليه يصح الصلح ويكون وكيلا عنه في الصلح
ويجب المال على المدعى عليه دون الوكيل سوا كان الصلح عن اقرار او عن انكار
لان الوكيل في الصلح لا يرجع اليه الحقوق وهذا اذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه
فاما اذا ضمن فانه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد وقال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لو ادعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر
فاذا اضاف الصلح الى الذي في يديه الدار سوا كان عن اقرار او عن انكار ان كان
بامره فالضمان على الآمر ولا شي على المصالح والمصالح عنه سالم للذي في يديه لانه
اخرج الكلام مخرج الرسالة حيث اضاف الصلح الى غيره بقوله صالح فلانا ولا عهدة
على الرسول وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلانا فهو بمنزلة الاضافة اليه سوا
وان اضاف نفسه بان قال صالحني فقد جعل نفسه اصلا في العقد الحم الى فلان لان الصلح
لقطع الخصومة والخصومة بين المدعي وبين فلان فصار هذا والاضافة اليه سوا وان
اضاف نفسه بان قال صالحني فقد جعل نفسه اصلا في العقد فيوخذ به ثم يرجع
بما ضمن على الامر لوقوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف الى نفسه ولكن ضمن واضاف
الى مال نفسه بان قال صالحتك على مائة درهم من مالي او على عبدي هذا لانه لما
التزم المال فقد جعل نفسه اصلا وانه يصلح اصلا في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على
الامر لانه بمنزلة الوكيل بالشرا وبمنزلة الوكيل بالخلع وفي الموضعين الجواب هكذا الى هنا
لفظ شرح الكافي قوله قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه
ان صالحه بمال وضمنه تم الصلح اي قال القدوري في مختصره هذا الذي ذكره
احد الوجوه الاربعة وذلك ان المال وان لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان
ويلزمه بضمانه للمدعي لان قضا دين الغير بغير اذنه جايز لان الصلح بطريق
الاسقاط يصح والساقط يتلاشى فيستوي فيه الفضولي والمدعى عليه فيصلح
الاجنبي اصيلا في حق الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه بان قال صالحني على
الف على اني بها ضامن كالزوج اذا خالع امراته مع اجنبي فضولي من جانب المراة
وضمن الاجنبي فذلك كان بدل الخلع عليه وكان اصلا في الضمان ومتبرعا على المدعى عليه
باسقاط الخصومة فكذا هنا قال في التحفة فاما اذا كان بغير اذنه فهذا صلح الفضولي
وهو على اربعة اوجه في ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولي
ولا يجب على المدعى عليه شي بان يقول الفضولي للمدعي اصالحك من دعواك هذه
على فلان بالف درهم على اني ضامن لك هذه الالف او على هذه وهما فصل واحد

اوقال على الفي هذه او على عبدي هذا اذا اضاف المال الى نفسه او عين البدل فقال
على هذه الالف او على هذا العبد وانما كان هكذا لان التبرع باسقاط الدين بان يقضي دين
غيره بغير اذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة من غيره صحيح والصلح عن اقرار اسقاط الدين
والصلح عن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كيف ما كان وفي فصل واحد لا يصح بان قال
اصالحك من دعواك هذه على فلان على الف درهم او على عبد وسط فان هذا الصلح موقوف
على اجازة المدعى عليه ان اجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لان الاجازة بمنزلة
ابتدا التوكيل والحكم في الوكيل كذلك وان لم يجز يبطل الصلح لانه لا يجب المال والمدعى لا
يسقط وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان كان الصلح بغير امره
ان لم يضف الى نفسه او لم يضمن المال او لم يضف الى مال نفسه توقف على اجازة الذي
في يده الدار لانه تصرف على غيره فلا بد ان يتوقف على اجازته وان اضاف الى نفسه
او الى مال نفسه او ضمن نفذ لانه جعل نفسه اصلا في هذا العقد بهذه الدلالات فان كان
الذي في يديه مقرا بذلك صار مشتريا لنفسه ذلك الشي وان كان منكرا صار ذلك بمنزلة
عقد الخلع على معنى انه بدل لها لا بازا اسقاط حق والاجنبي يصلح اصلا في مثل هذا العقد
فنفذ عليه بما شرط على نفسه من الضمان وسقط الدعوى قبل الذي في يديه
الدار قوله وفي حقها اي في حق البراة فيه اي في الصلح قوله ويكون متبرعا على المدعى
عليه بالواو وهذا يرتبط بقوله فيصلح اصيلا يعني صلح الاجنبي الفضولي اصيلا في حق الضمان
ومتبرعا على المدعى عليه في اسقاط الخصومة كما اذا قضى دينه بغير اذنه بخلاف ما
اذا كان الصلح بامره حيث لا يكون متبرعا قوله ولا يكون لهذا المصالح شي من المدعى وانما
ذلك للذي في يده اي لا يكون الدين المدعى المصالح عنه للمصالح بان يجعل كانه اشتراه بل
يكون ذلك للمدعى عليه بخلاف ما اذا كان المدعى عينا والمدعى عليه مقر بذلك حيث
يجعل المصالح بغير امره مشتريا لذلك الشي والفرق ان تمليك الدين من غير من
عليه الدين لا يجوز فلهذا لم يجز شرا الدين بخلاف شرا العين التي في يد المدعى عليه
حيث يجوز ان يشتريها اخر من المدعي اذا كان المدعى عليه مقرا قوله ولا فرق في هذا بينما اذا كان
مقرا او منكرا اي لا فرق في تمام الصلح من الفضولي اذا ضمن وكونه اصيلا في الضمان ومتبرعا
في اسقاط الخصومة على المدعى عليه بينما اذا كان المدعى عليه مقرا او منكرا ويدل على هذا
النقد برواية التحفة وغيرها ويجوز ان يقال لا فرق في هذا اي ان المصالح الفضولي لا يملك
الدين سوا كان المدعى عليه مقرا او منكرا لانه ح يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين
وذلك لا يجوز قوله وكذلك لو قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح
ولزمه تسليمها اي لزم الفضولي تسليم الالف وذلك لان اضافة المال المعقود عليه
الى نفسه يقتضي التزام التسليم اذ لو لم يقتض ذلك لم يكن لاضافته الى نفسه معنى
فلما لزمه التسليم بدلالة الاضافة تم عقد الصلح وهذا الذي ذكره هو الوجه الثاني من
الوجوه الاربعة قوله وكذلك لو قال على الف وسلمها اي تم الصلح ايضا اذا صالح على
الف مطلقة وسلم الالف وهذا هو الوجه الثالث من الوجوه الاربعة وذلك لان تسليم
بدل الصلح الى المدعي يوجب سلامة البدل للمدعي والمقصود من عقد الصلح سلامة
البدل له فاذا حصل المقصود تم العقد قوله ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف

فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو
الوجه الرابع من الوجوه الاربعة التي ذكرها وذلك لان الاصل في عقد الصلح هو المدعى عليه
لانه هو المحتاج الى اسقاط الخصومة عن نفسه والفضولي تبرع بعقد الصلح لا بالتزام المال
فلا يلزمه ما لم يلتزم فلما لم يلزمه ذلك قلنا يكون العقد موقوفا على الاجازة لان تصرفه
وقع في حق الغير فلابد من اجازته فاذا اجاز صار كانه عقد بامره ولزم المال المدعى عليه فيتم
العقد بسلامة العوض للمدعي واذا لم يجز بطل الصلح لعدم سلامة العوض للمدعي لان المقصود
من الصلح هو سلامة العوض فاذا لم يسلم العوض لا تسقط الخصومة عن المدعى عليه
لان سقوطها موقوف على سلامة العوض هذا اذا كان المدعى عليه منكرا للحق فاذا كان
مقرا يرجع المدعي بحقه عليه **قوله** قال العبد الضعيف ووجه اخر ان يقول صالحتك
على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا
سلامته له فيتم بقوله اي سلامة المصالح عليه للمدعي فيتم الصلح بقول المصالح ذكر هذا
تفريعا على مسيلة القدوري **قوله** ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل
له على المصالح ذكره تفريعا على مسيلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي في باب الصلح في العقار وان صالحه على عبد بعينه فوجد به عيبا
فرده او استحق او وجد حرا او مكاتبا او مدبرا عاد في دعواه ولم يكن له على المصالح
شي لانه لم يضمن للمدعي شيئا انما تبرع بمال خاص وقد بطل فلا يلزمه التبرع بمال
اخر وعاد المدعي الى دعواه لاستحقاق بدل الصلح ولو صالحه على دراهم مسماة
وضمنها له ودفعها له فاستحقت او وجدت زيوفا او ستوقة فله ان يرجع على الذي
صالحه بحكم الضمان دون الذي في يديه الدار ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم
قال لا اوديها اجبرته على ان يوديها كذا في شرح الكافي **قوله** ولهذا يجبر على
التسليم يعني على تسليم الدراهم اذا ضمنها بخلاف ما اذا لم يضمن حيث لا يجبر

باب الصلح في الدين

لما ذكر الصلح مطلقا في عموم الدعاوى ذكر
هذا الصلح في الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق لان القيد وصف زايد في
الذات **قوله** وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة
وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه هذا لفظ القدوري في مختصره
فمعنى قوله وهو مستحق بعقد المداينة اي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى
عليه بعقد المداينة التي جرت بينهما والمداينة البيع بالدين وانما وضع المسيلة في
الدين وان كان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح لانه هو المشروع لا
الغصب كما في قوله عليه السلام من نام عن صلاة او نسيها لان الغالب من حال المسلم
ان يتوكد الصلاة بالنوم او النسيان وان كان الحكم كذلك في تركها فسقا ومجانة
وهذا الذي ذكره مثل من له على رجل الف درهم فصالحه منها على خمسماية وكمن
له على رجل الف جياد فصالحه على خمسماية زيوف جاز وان كان ابرا من بعض
حقه والاصل في هذا ان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة والجواز ما امكن
فما وجد للصلح الذي دخلا فيه وجه للصحة يجب حمله عليه في مسيلتنا اذا وقع
الصلح على ما هو مستحق بعقد المداينة لا يمكن حمله على المعاوضة لما فيه من الربوا

فيحمل

فيحمل على انه اسقط بعض حقه وحقه في القدر والجودة فصح ذلك على هذا الوجه كذا في شرح
الاقطع وهذا معنى قوله فجعل اسقاطا للبعض في المسيلة الاولى وللبعض والصفة في
الثانية وجملة الكلام فيه ما ذكره صاحب التحفة قال واما اذا كان المدعى به ذهبا
وفضة فان كان البدل غير الذهب والفضة فانه يجوز الصلح كيف ما كان وان كان البدل
ذهبا وفضة فان كان الصلح عن اقرار والبدل من جنس المدعى به لا يصح الا مستويا بسواء
ويشترط التقابض وان كان بخلاف جنسه كالذهب مع الفضة يجوز مع التفاضل ولكن
يشترط القبض في المجلس لان هذا صرف فيشترط شرايط الصرف وكذلك الجواب في الصلح
عن انكار في حق المدعي هذا كله اذا كان المدعى به عينا فاما اذا ادعى دينا بان كان دراهم او
دنانير وبدل الصلح غير مال معلوم من غير الكيل والوزن فانه يجوز ويكون ذلك بمنزلة
بيع العين بالدين ان كان عن اقرار وان كان على انكار ففي حق المدعي كذلك الا اذا كان
البدل من الذهب والفضة الذي يتعين كالتبر والاواني فهما يكون صرفا فيشترط
التساوي والتقابض في الجنس والتقابض في خلاف الجنس دون التساوي فان كان
البدل من الدراهم والدنانير ان كان من جنسه كما اذا كان عليه الف درهم جيدة فصالح
من ذلك على الف جيدة او ردية يكون هو استيفاء عين حقه وان صالح على خمسماية
جيدة او ردية يكون استيفا للبعض وابرا للبعض فان صالح على الف درهم ودرهم
لا يجوز لانه لا يمكن ان يجعل استيفا فيجعل صرفا والتساوي شرط لصحة الصرف عند
اتحاد الجنس واصل هذا ان الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المداينة
يجعل استيفا فان لم يمكن ان يجعل استيفا يكون صرفا فيشترط فيه شرايط الصرف
وعلى هذا اذا صالح من الف درهم ردي على خمسماية جيدة لا يجوز ومستحق الردي لا
يستحق الجيد فلا يمكن ان يجعل استيفا فيكون صرفا وبيع الف درهم ردي بخمسماية جيدة
لا يجوز لانه ربوا ولو صالح من الف درهم سود على الف بيض وسلمها في المجلس جاز لانه
صرف وليس باستيفا فاذا وجد التقابض وهما من جنس واحد لان الجودة لا قيمة
لها عند مقابلتها بجنسها جاز وان افترقا بطل ولو صالح عن الف بيض على خمسماية
سود جاز فيكون حطا عن القدر والصفة واستيفا للبعض الاصل ولو صالح من الدين
الحال على المؤجل وهما في القدر سوا جاز ويكون هذا تاجيلا للدين ولو كان على العكس
يجوز ويكون استيفا ويصير الاخر تاركا لحقه وهو الاجل ولو كان الدين موجلا فصالح
على بعضه معجلا لا يجوز لان صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل فلا يمكن ان يجعل
استيفا فصار عوضا وبيع خمسماية بالف لا يجوز ولو كان البدل بخلاف جنسه بان صالح
من الدراهم على الدنانير ووجد التقابض يجوز والا فلا لانه لا يمكن ان يجعل استيفا
لاختلاف الجنس فيصير صرفا فيشترط فيه شرايط الصرف وعلى هذا اذا كان الدين كيليا
فصالح على جنسه او على خلاف جنسه على الفصول التي ذكرنا من غير تفاوت **قوله**
ولو صالح على الف موجلة جاز وصار كانه اجل نفس الحق وهذا لفظ القدوري في مختصره
يعني اذا صالح الطالب عن الف درهم حالة على المطلوب على الف درهم موجلة
جاز وذلك لما قلنا ان امور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملنا ذلك على المعاوضة
يلزم بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وذلك لا يجوز لانه بيع الدين بالدين لان الدراهم الحالة

والدراهم الموجلة ثابتة في الذمة والدين بالدين لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي فلما لم يمكن حمله على المعاوضة حملناه على التاخير تصحيحا للتصرف لان ذلك جايز لكونه تصرفا في حق نفسه لا في حق غيره **قوله** ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لو صالحه الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير موجلة لم يجز وذلك لانه لا يمكن حمله على تاخير الحق لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير لان الدنانير لم يكن مستحقة بعقد المداينة فلما لم يمكن ذلك حمل على المعاوضة لانه لا وجه الى غير ذلك لان الصلح اما ان يكون باسقاط حق الطالب وهو تصرف في حق نفسه خاصة وفي تاخير الحق ذلك او يكون تصرفا في حقه مشتملا على حق الغير وهو المعاوضة فلما لم يمكن الاول لكون الدنانير غير مستحقة تعين الثاني وهو المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسا لا يجوز فلذلك لم يجز الصلح قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب الصلح في الدين من شرح الكافي واذا كان لرجل على رجل الف درهم فلو صالح على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض بطل الصلح لانه صرف وان كان وقع على انكار لانه صرف في زعم المدعي وكذلك كل ما يكال او يوزن بغير عينه لان الطعام متى قوبل بالدراهم صار مبيعا وبيع ما ليس عنده باطل ولو صالحه من الالف على مائة درهم وافترقا قبل القبض لم يبطل الصلح وكذلك كل صلح وقع قبل الدين على بعض الدين لانه حط **قوله** ولو كان له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الطالب لا يستحق المعجل بعقد المداينة لان حقه في الموجل فلما لم يكن المعجل مستحقا حمل على المعاوضة وبيع خمسماية بالف لا يجوز لانه ربوا او نقول انه اعتياض عن الاجل وانه باطل لان تعجيل الخمسماية التي كانت موجلة في الاصل يكون بمقابلة الخمسماية المحطوطة الموجلة فيكون اعتياضا عن الاجل وقال الحسن بن زياد في كتاب المجرد اخبرنا ابو حنيفة عن زياد بن ميسرة عن ابيه قال كان لرجل علي مال الى اجل فسالني ان اعجل له ويضع عني بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهاني عنه وكان ابو حنيفة ياخذ بهذا الحديث وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان له عليه الف درهم الى اجل فصالحه منها على خمسماية درهم حالة ودفعها اليه لم يجز وعلى قياس قول ابي يوسف ينبغي ان يجوز لانه احسان في القضا بالتعجيل واحسان من صاحب الدين في الاقتضا بحط بعض حقه لكن نقول هذا حسن اذا لم يكن احدهما مشروطا في الاخر فاذا شرط احدهما في مقابلة الاخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا وروي ان رجلا سال ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم ساله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وعن الشعبي مثل ذلك وعن ابراهيم انه قال لا باس بذلك انما هو ماله حط بعضه عنه وابو يوسف اخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافي **قوله** وان كان له الف سود فصالحه على خمسماية بيض لم يجز وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان البيض ليست بمستحقة بعقد المداينة فحمل على المعاوضة فلم يجز التفاضل لكونه ربوا بخلاف ما اذا كان له بيض فصالحه على ما دون ذلك من السود جاز لان ذلك من جنس حقه لان المستحق للجياد مستحق لما دونها الا ترى انه لو اخذ السود من مال غريمه بدون رضاه

جاز

جاز ولم يجبر على الرد ولو اخذ البيض مكان السود بدون امره لم يجز ويجبر على الرد فاذا كان كذلك كان الصلح واقعا على المستحق بعقد المداينة فيحمل على انه اسقاط حقه في الجودة قالوا المراد من الدراهم السود هي الدراهم المضروبة من النقرة السود **قوله** بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود اي بدل الصلح اجود معناه ما قال في شرح الكافي ولو كان عليه الف درهم غلة فصالحه منها على الف درهم بخارية حالة فان قبض قبل ان يتفرقا جاز وان تفرقا قبل ان يقبض بطل لانه صرف ولا يقال بان هذا من جنس حقه ولكنه اجود فيكون هذا من الاستيفا فلا يضره عدم القبض في المجلس ولهذا لو استوفاه من غير شرط جاز لان هذا ان كان من جنس حقه باعتبار ذاته ولكنه لما قصد استحقاق وصف الجودة بالشرط ولا وجه الى ذلك الا ان يجعل صرفا وامكن ان يجعل صرفا باعتبار المغايرة وصفا لا بد من اعتبار معنى الصرف فيها وقد بطل هذا المعنى بالافتراق قبل القبض فيبطل الاستحقاق المبني عليه وان جعل له اجلا فهو باطل لانه صرف لما قلنا والبخارية اسم لما هو الاجود من الدراهم السود ولكن كل واحد منهما من جنس الدراهم **قوله** ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح ذكره تفريعا على مسالة القدوري وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على انه اسقط حقه في الدنانير اصلا واسقط حقه في الدراهم الا مائة واذا كان كذلك جاز التاجيل في المائة لانها ليست بعوض بل هي نفس ما كانت في الذمة قال في شرح الكافي واذا كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لان حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفا وقد ذكرنا انه الحط لا يقف على استيفا ما بقي وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى اجل او حال لانه حط احد حقيه اصلا والاخر بعضه والاصل في جنس هذه المسايل ان ما دار بين ان يكون استيفا وصرفا جعل استيفا لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدا له احكام مبتدا والاستيفا بتميم لما يقتضيه العقد السابق فكان حمل التصرف عند التردد عليه اولى **قوله** او لان معنى الاسقاط فيه الزم اي في هذا الصلح وهو الصلح على مائة درهم عن الف درهم ومائة دينار لان الصلح ينبي عن الحطيطة والحط هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط الزم **قوله** قال ومن له على اخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل ففعل فهو بري اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل يكون له على رجل الف درهم حالة فقال له ادفع الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل قال هو بري من الفضل فان لم يدفع اليه الخمسماية غدا عادت الالف عليه في قول ابي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه في قول يعقوب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال محمد في الاصل اذا كان لرجل على رجل الف درهم فقال له اما لحك على ان احط عنك خمسماية على ان تعطيني اليوم خمسماية فصالحه على ذلك فان ابا حنيفة ومحمدا قالا في ذلك ان اعطاه يومئذ خمسماية جاز الصلح وان مضى ذلك اليوم قبل ان يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الالف عليه على حالها وقال ابو حنيفه عليه خمسماية وهو بري من الخمسماية الاخرى الى هنا

لفظ محمد في الاصل وقال في الاجناس اذا كانت البراءة معلقة بالشرط في حق من عليه اصل
الدين لم تنقض واذا كانت البراءة واقعة في الحال وما بقي من المال معلقا بالشرط في حق
كانت البراءة صحيحة قالوا في شروح الجامع الصغير هذه المسئلة على ثلاثة اوجه في
وجه يبرا عن الخمسماية وان لم يود شيئا وفي وجه لا يبرا اذا لم يود وفي وجه اختلفوا
فيه اما الوجه المختلف فيه فوجه قول ابي يوسف فيه ان الابرا حصل مطلقا فيثبت
البراءة مطلقا اعطى او لم يعط فصار كما اذا بدا بذكر الابرا وهذا لان هذا الكلام خارج
مخرج المطالبة لا مخرج العوض لان كلمة على وان كانت للمعاوضة لا يصلح ادا الخمسماية
عوضا لان اداء ذلك واجب عليه بقضية السبب السابق وحقيقة المعاوضة
انما يكون اذا استفاد كل واحد منهما شيئا لم يكن استفاده من قبل وانما استفاده باستحقاق
طاري فلما لم يصلح اداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة فبقي الابرا مطلقا فلا يتقيد
الابرا بشرط سلامة العوض ووجه قولهما ان هذا ابرا بشرط مرغوب فيه فيكون ابراء
مقيدا فيتقيد بشرط سلامته كما اذا ابراه على شرط سماه او قيد الابرا بشرط الكفالة او
الرهن كما لو قال ابراتك عن الخمسماية بشرط ان تعطيني الباقي اليوم كفيلا ورهنا
فمضى اليوم ولم يعط عاد الالف عليه كذا هذا وكالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة
بشرط سلامة الدين عن ذمة المحتال عليه فاذا فات هذا الشرط بموت المحال عليه
مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل فكذا هنا وانما قلنا ذلك لانه يكون ماله على انسان
يقصر في الاداء فيريد ان يشترط الحط عن بعضه بشرط التعجيل فيتقيد سلامته على سلامة
ذلك كما لو شرط التعجيل شرطا اخر ولان كلمة على ان كانت للمعاوضة حملت على معنى الشرط
لان معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا فحملت على الشرط لان فيه معنى المعاوضة لان في
المعاوضة مقابلة احد العوضين بالاخر والشرط ايضا يقابل الجزاء فصار الشرط كالمذكور
فكانه قال ان لم تنقد فلا صلح فاذا لم ينقد بطل الصلح وقوله التعجيل مستحق بدون
الشرط قلنا لا نسلم بان التعجيل مستحق بل المستحق الاداء المطلق فصار الاداء على
الفور بوصف التضييق بقضية الشرط وهذا بخلاف ما اذا لم يوقت للاداء
وقتا لانه اذا لم يوقت يكون وقته العمر فلا ينتقض البراءة بعدم الدفع واما
الوجه الذي لا يبرا اذا لم يود ويكون المال عليه وهو الوجه الثاني وهو ان يقول
ابراتك عن خمسمايه على ان ينقدني غدا خمسمايه فان لم ينقدني غدا خمسماية
فالالف عليك فمضى الغد ولم يعطه فالالف عليه بالاتفاق لانه علق لزوم
الابراء بشرط ايفا الباقي قال عليه السلام المسلمون عند شروطهم والابرا يجوز ان
يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك باخر كلامه وهو قوله فان لم تنقدني
غدا فالالف عليك وهذا لان الابرا فيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد فجاز ان
يتوقف لزومه على الشرط وصار نظير البيع والبيع يتقيد لزومه بمثل هذا الشرط فانه
لو قال بعت منك هذا العبد بكذا على انك ان لم تنقد الثمن اليوم فلا بيع
بيننا كان البيع موقوفا لزومه على النقد كما شرط حتى لو لم ينقد انفسخ البيع بينهما
فكذلك الابرا واما الوجه الذي يبرا وان لم يوده وهو الوجه الثالث وهو
ان يقول ابراتك عن الخمسماية من الالف على ان تعطيني الخمسماية غدا وههنا الابرا

واقع

واقع بالاجماع اعطى الخمسماية غدا ولم يعط لان الابرا وقع مطلقا ولان اداء الخمسماية لا يصلح عوضا
لانه واجب عليه بالسبب السابق بدون ابراء البعض ولكنه يصلح شرطا في تغييره بالشرط
سكت فلا يثبت الشرط بالشك فبقي الابرا مطلقا بخلاف ما اذا بدا باداء خمسماية حيث تعود
الالف عليه اذا لم يود الباقي في الوقت المذكور لان الابرا لم يقع مطلقا بل وقع مقرونا
بالاداء ولكن اداء الخمسماية لما لم يصلح عوضا لكونه واجبا بالسبب السابق لا بسبب
طاري احتمل ان يقع الابرا مطلقا من حيث انه شرط مرغوب فيه لا يقع الابراء مطلقا
بل يتقيد باداء الخمسماية فاذا كان احتمل الوجهين كان في الابرا شك فلا يثبت الابرا مطلقا
بالشك فافترق الوجهان وهو ما اذا بدا بالابراء وما اذا بدا باداء الخمسماية وهذه الوجوه
الثلاثة ذكروها في شروح الجامع الصغير كشرح فخر الاسلام البزدوي وشرح الجامع
الصدر الشهيد وغيرهما وهنا وجهان اخران ذكرهما صاحب الهداية احدهما قوله
والرابع اذا قال اذا اديت الي خمسماية على انك بري من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا
وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين وذلك لان الابراء وقع مطلقا لانه شرط شرطا
هو ثابت بدون الذكر وهو الاداء مطلقا والاداء مطلقا واجب عليه بدون الشرط
فلغا الشرط وبقيت البراءة مطلقة بخلاف الوجه الاول على قول ابي حنيفة ومحمد
لانه ثمه وقت لاداء الخمسماية وقتا وهو الغد والاداء لم يكن مختصا بالغد فاذا خصه
بوقت لا بد وان يتعلق به مصلحة يختص بالاداء في ذلك الوقت فيتقيد البراءة بالاداء
في ذلك الوقت الخاص فاذا فات الشرط تبطل البراءة فظاهر الفرق بين الوجهين
والوجه الثاني مما ذكره وهو قوله والخامس اذا قال ان اديت الي خمسماية
او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء قال في الاجناس
ولو قال صالحتك على انك متى اديت الي خمسماية فانت بري من خمسماية او قال صالحتك
اذا اديت الي اليوم خمسماية فانت بري مما بقي فهذا كله سوا لا يبرا مما بقي لان البراءة
معلقة بالشرط يدل لك عليه لو قال لاخر ان اعطيتني الف درهم الى شهر فقد بعت منك
هذا العبد به لا يصح البيع ولا كذلك في المسئلة الاولى لان البراءة واقعة في الحال وانما
شرط تعجيل ما بقي من المال في الوقت فلا يوثر في الابرا يدلك عليه لو قال بعت منك
هذا العبد بالف درهم على ان يكون الثمن موجلا الى شهر ان البيع جايز لان البيع وقع
في الحال وثمنه موجل الى شهر وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
في باب الصلح على اداء بعض المال بشرط البراءة ولو قال للغريم او للكفيل متى اديت
الي منها خمسماية فانت بري مما بقي فادى الخمسماية لم يبرا من الباقي وكذلك كل براءة
علق وقوعها بشرط لان في البراءة معنى التمليك وتعليق التمليكات بالاخطار باطل وكذلك
لو قال ذلك لمكاتبه وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو قال للغريم او
للكفيل اذا اديت الي خمسماية او متى اديت او ان اديت او ان دفعت الي خمسماية
فانت بري عن الباقي فهذا كله باطل ولا يبرا عن الباقي وان ادى اليه خمسماية سواء
ذكر لفظ الصلح او لم يذكر لانه علق البراءة بالشرط صريحا فيبطل كما لو قال ان دخلت
الدار فقد ابراتك بخلاف ما تقدم لانه ما صرح بالتعليق وان كان فيه معنى التعليق
وحقيقة الفرق بينهما لان البراءة اسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه

من معنى التمليك وتعليق التمليك بالشرط باطل كتعليق البيع وتعليق الاسقاط جايز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبه التمليك وقلنا بانه اذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبه الاسقاط وقلنا بالصحة اذا لم يصرح وكذا اذا قال ذلك للكفيل وفيه نوع اشكال لان ابرا الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد لرده فينبغي ان يصح تعليقه بالشرط الا ان ابرا الكفيل كابراء الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف ولهذا قلنا انه اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه ايضا على انه ان وافى بنفسه غدا فهو بري عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه بري عن المال وان علق البراة بالايفا لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح **قوله** وانه يصلح غرضا حذارافلاسه اي ان اداء الخمسماية في الغد يصلح مقصودا للطالب خوفا من افلاس المطلوب وتجوز ان يقع المفعول له معرفة كما في قولك خرجت مخافة الشر وقوله حذار افلاسه من هذا القبيل **قوله** والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به معنى بجوز ان يكون الابراء مقيدا بشرط مرغوب فيه حتى اذا فات الشرط انتقض الابرا كما في الحوالة فانها مقيده بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه حتى اذا مات المحال عليه مفلسا انتقضت الحوالة وعاد الدين الى ذمة المحيل ولكن لا يجوز تعليق الابرا بالشرط اصلا لما فيه من معنى التمليك وقد مر البيان **قوله** وسنخرج البداية بالابرآء هذا عذر عن تاخير جواب ما قاس عليه ابو يوسف بقوله كما اذا بدا بالابراء يعني نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله والثالث اذا قال ابراتك الى اخره **قوله** بخلاف ما قدم اي بخلاف ما اذا وقت للاداء وقتا كما في قوله اذا ادي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل **قوله** بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط يعني ان الابرا فيه معنى الاسقاط ومعنى التمليك فاذا صرح بالتعليق لم يصح اعتبارا لشبه التمليك واذا لم يصرح به صح اعتبارا لشبه الاسقاط وقد مر البيان انفا **قوله** قال ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل كان له على رجل مال فقال لا اقر لك حتى تؤخر عني او حتى تحط عني ففعل قال هو جايز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي منه الخواص فمعنى قوله ففعل اي اخر رب الدين او حط بعض الدين بان ابرا المديون عن بعض الدين ومعنى قوله هو جايز اي التاخير او الحط جايز لازم على رب الدين حتى لا يتمكن من المطالبة في الحال في صورة التاخير ولا يتمكن من مطالبة كل الدين في صورة الحط وذلك لان الطالب راضيا في التاخير والحط لانه لو شا لم يفعل ذلك الا ان يجد البينة او يحلف الاخر فينكل عن اليمين فلما فعل بلا انتظار دل انه كان راضيا بذلك فجاز ولا يقال انه مكره في فعل التاخير والحط لانه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لانا لا نسلم الاكراه لان الاكراه انما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد غاية ما في الباب انه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لان الصلح على الانكار اجوز ما يكون لان الصلح انما يكون عند المنازعة وهي عند الانكار لا الاقرار قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا انما يكون في السر اما اذا قال ذلك علانية يواخذ باقراره ويحتم الفضل بمسيلة ذكرها في شرح الكافي في باب

الصلح

الصلح في الدين قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب او غيره فهو جايز لان جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح فان صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لانه يحتمل ان بدل الصلح اكثر منه ولكني استحسن ان اجيزه لان الظاهر انه كان اقل مما عليه لان مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشي دلالة ظاهرة انهما عرفاه اقل مما عليه وان كانا لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه والله اعلم

فصل في الدين المشترك

لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك عارض والاصل عدم العارض فناسب التاخير **قوله** واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شا اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شا اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين وهذا لفظ القدوري في مختصره والاستثنا من قوله فشريكه بالخيار يعني اذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار لان حقه في الدين ولا يكون له سبيل في الثوب وانما وضع المسيلة في الدين وبين شريكين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح احدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الاخر الا ترى الى ما ذكر الحاكم الشهيد في باب الصلح في الغصب من مختصر الكافي ولو ان رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن ابيهما فصالح رب الدار احدهما على مال لم يشركه الاخر فيه ان كان المصالح مقرا او منكرا وكذلك العروض لان في زعمهما انه بايع نصيبه في الميراث وقال الحاكم ايضا في باب الصلح في العقار ولو ان رجلين ادعيا في يد رجل دارا وقالا ورثناها عن ابينا وجحدها الرجل ثم صالح احدهما من حصته من هذه الدعوى على ماية درهم واراد شريكه ان يشركه في هذه الماية ولم يكن له ذلك ولم يكن له ان ياخذ من الدار شيا الا ان يقيم البينة وذلك لما قال شيخ الاسلام في شرح الكافي بقوله لان في زعمه انه يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين اخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينه وبين غيره ليس للشريك ان يشاركه في الثمن لان الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك قال شيخ الاسلام قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد ذكر عن ابراهيم بن رستم ان ابا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال لا يشاركه لان المذهب عند ابي يوسف ان الصلح ليس بمعاوضة بل هو استيفا لحقه واجمعوا ان المدعى اذا كان دينا فصالح احدهما من نصيبه على شي لشريكه ان يشاركه لانه استيفا على قول الكل والاصل هنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا يجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتاتى فيما في الذمة ولا انهما لو اقتسما الاعيان من غير تمييز لم يصح لعدم التمييز الا ترى ان صبرة طعام بين شريكين لو قال احدهما للاخر خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين ياخذ نصف حقه وياخذ الباقي عوضا عما له في يد اخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين

جميعا فكان لشريكه ان ياخذ نصف المقبوض بعينه وان كان اجود منه فان الجودة لا تعتبر بها في الجنس الواحد الا ترى ان من عليه الدين اذا ادى اجود منه اجبر صاحب الدين على قبضه وصار كانه قبض نفس حقه فلزمه ان يعطيه نصفه وان كان المقبوض اردى منه فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره واذا ثبت هذا اجتنبا الى مسئلة الكتاب فقلنا اذا اصالح احدهما من نفسه على شريكه ثوب فشريكه بالخيار ان شا اتبع الذي عليه الدين بنصفه لان الدين ثابت في ذمته فكان له ان يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوبا وان شا اخذ نصف الثوب من الشريك لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بيناه ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته واخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين كذا في شرح الاقطع **قوله** فصالح احدهما من نصيبه على ثوب احترازعما اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة حيث لا يكون للاخر ان يشركه وسيجي ذلك بعد هذا **قوله** في المقبوض وهو الدراهم والدنانير **قوله** لانه ازداد بالقبض اي لان الدين ازداد خيرا بسبب كونه مقبوضا ومنقودا وهذا دليل على مشاركة الشريك الاخر في المقبوض والاولى في التعليل ما ذكرنا من ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يجوز فلما لم يجز ذلك شاركه الاخر **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض هذا جواب سوال مقدر بان يقال لو كانت زيادة زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمر والولد لم يجز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز تصرف احد الشريكين في الثمر والولد بدون اذن الشريك الاخر فاجاب عنه وقال ولكن المقبوض قبل مشاركة الشريك الاخر باق على ملك القابض لمغايرة بين العين والدين وقد قبض العين بدلا عن حقه في الدين فجاز تصرفه فيه **قوله** والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة هذا بيان الدين بين الشريكين يعني ان الدين بين الشريكين هو الذي يحصل لاثنين بسبب متحد كعبد لاثنين قالا للمشتري بعناه منك وهذه صفقة واحدة وكذا اذا استهلكه انسان خطا حتى وجبت القيمة عليه لهما او كان الدين ميراثا لاثنين واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة الا ترى الى ما قال في شرح الكافي عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسماية درهم وباع الاخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسماية وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم وقبض احدهما منه شيا لم يكن للاخر ان يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة **قوله** وان شا اخذ نصف الثوب ونصف الثوب قدر ربع الدين لان الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لا محالة **قوله** قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ثم يرجعان على الغريم الباقي وانما كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما بينا قبل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيا

منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهذا معنى قوله لما قلنا فاذا كان المقبوض على الشركة كان الباقي كذلك فيرجعان به على الغرايم **قوله** ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين اي قال القدوري في مختصره وذلك لان احد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كانه قبض نصف الدين فلو استوفى في نصف الدين كان لشريكه ان يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا **قوله** لان مبنى البيع على المماكسة دليل قوله صار قابضا حقه بالمقاصة كملا **قوله** بخلاف الصلح يعني ان احد الشريكين في الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما اذا اصالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار ان شا دفع اليه نصف الثوب وان شا دفع اليه ربع الدين وعند زفر يلزمه ان يودي اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لانه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما ووجه الفرق ان مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق وما صار اليه الا لضرورة داعية فاذا الزمناه رد حصة الساكت يلزم الضرر بخلاف الشرا لان مبناه على المماكسة دون التجوز فلا يلزم الضرر في الزام رد الحصة **قوله** كما ذكرنا اشارة الى قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين اذ فيه اشارة الى ان المصالح له خيار في ان يدفع نصف الثوب او ربع الدين لان تقرير الكلام ثم ان غير المصالح بالخيار في اتباع المديون واخذ نصف الثوب الا ان يضمن القابض ربع الدين ح لا يكون لغير المصالح وهو الشريك الساكت خيار **قوله** ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع اي لا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يعني في صورة الشرا ولكن مع هذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز لان الثوب على ملك القابض فاذا سلم الى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك صار كانه باع منه نصف الثوب **قوله** والاستيفا بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين بالرفع جواب سوال مقدر بان يقال ان احد رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين ثوبا حصلت المقاصة بين الثوب وبين الدين والدين كان مشتركا فينبغي ان يكون الثوب ايضا مشتركا بينهما لحصوله بدين مشترك فكيف تقولون انه لا سبيل للشريك على الثوب فاجاب عنه وقال الاستيفا بالمقاصة بدينه الخاص لا بدين مشترك فلا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب **قوله** وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا اي للشريك الساكت اتباع المديون بحصته في صورة الصلح على ثوب وصورة اخذ الدين من الدراهم والدنانير وصورة شراء السلعة لان الساكت باق في ذمة المديون غاية في الباب ان للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض ولا يلزمه المشاركة وهذا معنى قوله لكن له حق المشاركة تلك ان يشاركه **قوله** فلو سلم له ما قبض ثم توى ما في الغريم له ان يشاركه القابض هذا تفريع على مسئلة القدوري يعني لو سلم الشريك الساكت للقابض المقبوض الثوب المصالح عليه او الدراهم والدنانير او الثوب المشترى بان قال سلمت لك ما قبضت ولا يرجع عليك بحصتي ثم توى على الغريم بان مات مفلسا ثمن ح

كان له ان يرجع علي القابض بحصته لانه انما سلم علي رجا سلامة ما في ذمة الغريم فاذا توي
لم ا يسلم فيرجع كما في الحوالة اذا مات المحتال عليه مفلسا يرجع المحتال له علي المحيل
قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض
لا مستوف اي مودّ دينه لا مستوف دينه وهذا الذي ذكره تفريع علي مسيلة
القدوري وصورته ما ذكره شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في
باب الصلح في الدين الي اجل قال واذا كان لرجلين علي رجل الف درهم من ثمن
بيع فاقر احدهما انه كان للمطلوب عليه خمسماية قبل دينهما فقد برئ المطلوب
من حصته ولا للشريك شي عليه لان في زعمه انه قضي دين المطلوب بما
داينه او اقرضه ومن قضي دينا عليه من مال مشترك ليس للشريك ان يشاركه
ولو اقتضي من دين مشترك شيا كان للشريك ان يشاركه وفيما نحن فيه هو قاض
لا مقتضي لان اخر الدينين يجعل قضا عن اولهما اما اولهما لا يجعل قضا لان القضا
لا يسبق الوجوب وكذلك لو ابراه منه او وهبه لانه اسقط حقه والاسقاط ليس
استيفا **قوله** ولو ابرا عن البعض كانت قسمة الباقي علي ما بقي من السهام يعني لو ابرا
احد الشريكين المديون عن بعض نصيبه كان باقي الدين علي ما بقي من سهامهما
في الدين كما اذا ابرا احدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمبري المطالبة
بخمسة دراهم وللساكت بعشرة دراهم **قوله** ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
اعتبارا بالابرا المطلق ولا يصح عندهما لانه يودي الي قسمة الدين قبل القبض ثم ما
ذكر تفريعا علي مسيلة القدوري اعلم ان ذكر الخلاف علي هذا الوجه فيه نظر لان
قول محمد مع ابي يوسف في ساير الكتب لا مع ابي حنيفة الا تري ان محمدا قال
في باب اختلاف الشرا والصلح من كتاب صلح الاصل واذا كان لرجلين علي رجل
الف درهم من ثمن بيع حالة فصالحه احدهما علي ماية درهم علي ان اخر عنه ما بقي
من حصته وهو اربعماية درهم سنته فان ما قبض بينهما نصفين وما اخر عنه
فانه لا يجوز في قول ابي حنيفة وقال ابو حنيفة اذا كان الدين بين رجلين فاخر
احدهما حصته لم يجز ذلك لانه يدخل علي صاحبه من ذلك مونة فان توي ما اخر
رجع عليه وكذلك الشريكان شركة عنان فاما المفاوضة فان تاخير احدهما جايز
علي الاخر لانه من التجارة الي هنا لفظ محمد في الاصل وقال شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في باب الصلح في الدين الي اجل من شرح الكافي وهو المبسوط واذا
كان لرجلين علي رجل الف درهم من ثمن بيع فصالحه احدهما علي ماية درهم علي ان
اخر عنه ما بقي من حصته سنة لم يجز التاخير في قول ابي حنيفة وما قبض فهو
بينهما نصفين وكذلك ان اخر احدهما من غير صلح لم يجز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد تاخير احدهما جايز في حصته الي هنا لفظ شرح الكافي والخلاف هكذا مشهور
في المنظومة في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه والدين بين اثنين هذا قد
جعل نصيبه موجلا شهرا بطل وكذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وقال في
اشارات الاسرار احد ربي الدين اذا اجل نصيبه من الدين لم يصح في قول
ابي حنيفة خلافا لهما ولكن قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في كتاب الشركه قبيل

باب شركة المفاوضة وان كان لهما اي لشريكي العنان علي الرجل دين فاخر به احدهما
لم يجز علي صاحبه فليس هذا كالمفاوضة وقال ابو يوسف تاخير احدهما حصته جايز
فان توي ما علي رب المال فانه يرجع علي صاحبه بنصف ما اخذه فعلي هذا يكون
ما ذكره صاحب الهداية بنا علي اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركه وكتاب
الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع ابي حنيفة وفي كتاب الصلح مع ابي يوسف
وجه قول ابي يوسف ومحمد علي ما ذكر في كتاب الصلح ان التاخير يلاقي
نصيب نفسه فيصح الا تري انه يملك الابرا فلان يملك التاخير اولي وكذلك
لو اقر بتاخير نصيب نفسه يصح فلولا انه مالك انشا لما صح اخباره بذلك
وابو حنيفة يقول ان في هذا قسمة الدين قبل القبض وهو باطل كما اذا كان
لهما الف درهم سود والف درهم بيض علي رجل فاصطلحا علي ان يكون
البيض لاحدهما والسود للاخر كان باطلا ولا شك ان في معني القسمة لتمييز نصيب
احدهما عن نصيب الاخر ونعني من القسمة هذا ودليل فساد قسمته ظاهر بوجهين
احدهما ان في القسمة معني التمليك فيكون فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
والثاني ان القسمة انما تستقيم في محل منتفع لانها لتكميل المنفعة والدين ليس بمنتفع
قبل القبض فلا يليق به القسمة ووجه اخر ان في تاخير نصيبه ضررا بصاحبه
فانه متي صح التاخير يستوفي الاخر نصيبه ثم لهذا الذي اخر ان يشاركه فيما استوفي
لان الشركة في اصل الدين لم يبطل بالتاجيل ثم اذا شاركه يبقي الباقي مشتركا بينهما
ثم الاخر يستوفي نصيبه ثم الموخر يشاركه فيما استوفي ويبقي الباقي مشتركا ثم وثم
الي ان يصير الحق كله مستوفي باستيفا احدهما فيودي الي ايقاع عهدة الاستيفاء
علي صاحبه فيما هو مشترك بينه وبين صاحبه وفيه ضرب ضرر فوجب القول
بتوقف تصرفه علي رضا صاحبه دفعا للضرر عنه وهذه النكتة تشير الي انه
يصح تاخيره لو رضي صاحبه به والنكتة الاخرى تشير الي انه لا يصح اصلا ولا يلزم
اذا ابرا عن نصيبه فان الابرا اثره في ابطال نصيبه فلا تتحقق فيه معني القسمة
لان القسمة تعتمد قيام الحقين بوصف التغاير ولا يلزم اذا اقر بتاخير نصيبه فانه
انما يصح اذا اقر بتاخير كله الا انه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه ان
الكل موجل وفي زعم الاخر ان الكل حال اما لو اقر بتاخير نصيب نفسه خاصة لا يصح عند
ابي حنيفة لانه اقر بامر لا يملك انشاه كذا ذكره في شرح الكافي **قوله** ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شرا فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف وهذا الخلاف جار في الجميع اعني في
الغصب والشرا الفاسد والاستيجار والاحراق حتي عند محمد لما كان قبضا كان
لشريكه ان يرجع عليه بحصته وعند ابي يوسف لما لم يكن قبضا لم يكن لشريكه
ان يرجع عليه اما بيان الغصب فما ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب
الصلح في الدين الي اجل من شرح الكافي وفي افساد المتاع ان غصبه ثم اتلفه
شاركه صاحبه لانه وصل اليه عين مال متقوم وهو المغصوب لانه يملكه من
وقت الغصب عند ادا الضمان وان رضي بشي فاصابه فافسده او احرقه ابتدا

عند ابي يوسف لا يشاركه لانه ضمان جناية فلا يفيد ملكا في المضمون لانه عند تحققه لا يبقي المضمون
قابلا للملك وعند محمد يشاركه لانه قبل الجناية صار مستوليا علي المحل فصار به غاصبا فانعقد
فعله سببا للضمان من ذلك الوقت وهو قابل للملك في ذلك الوقت فامكن تحقيق
الاستيفا فيه فلما عرفت الجواب في الغصب علي الخلاف عرفت ذلك كذلك في
الشرا الفاسد لان المبيع مضمون بالقيمة اذا اتصل بالقبض علي ما روي ابن سماعة عن
محمد وهو قول ابي سعيد البردعي من مشايخنا واليه ذهب شمس الايمة السرخسي وقد
مر ذلك في باب البيع الفاسد فاما بيان الاستيجار فما ذكره شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في اخر الباب المذكور قال وكذلك لو استاجر منه احدهما دارا بحصته
سنة وسكنها فهو بمنزلة القبض وكذلك خدمة العبد وزراعة الارض وكذلك لو
لو استاجره باجر مطلق ثم قاصه او لم يقاصه حتي مضت المدة ثم قال شيخ الاسلام
وقد روي عن ابي يوسف انه لا يغرم لشريكه شيا لانه لم يوجد فيه علامة الاستيفا
وهو وصول عين مال متقوم فان المنافع ليست بعين ولا بمتقومة في ظاهر الرواية
جعله مستوفيا لان المنافع لها حكم المالية عند ورود العقد عليها فصار بمنزلة المال
المطلق وقد وصل اليه فتحقق الاستيفا واما الاحراق فقد مر وهو مشهور في المنظومة
والمختلف **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية يعني اذا تزوج احد ربي
الدين امراة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضا للدين بل يكون اتلافا
حتي لا يكون لشريكه ان يرجع عليه بنصيبه قال في قسم المبسوط من الشامل احد
الشريكين في دين علي امراة تزوجها علي حصته منه جاز ولا يرجع عليه صاحبه
ولو تزوجها علي خمسماية يرجع شريكه بنصفه لان في الصورة الاولي ملك البضع
بنصيبه ولا مشاركة في البضع واما في الصورة الثانية وجب لها في ذمته خمسماية ثم صار
قصاصا والاستيفا بالمقاصة كالاستيفا باليد وانما قيد بظاهر الرواية وهو المذكور في الاصل
لا غير احترازا عما روي في شرح الكافي عن ابي يوسف انه قال بالشركة في الفصل
الاول ايضا لانه وان اضاف النكاح الي ما عليه من الدين لا يتقيد الاضافة به لان
الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات فصار التقييد والارسال فيه
سوا لكنا نقول ان كان الدراهم لا تتعين في حق الاستحقاق تتعين في حق التقدير
بها فصار المهر مثل ما في ذمتها علي وجه لا يستوفي لان استيفا الدين وقع بالبضع
وهو لا يحتمل الشركة قال محمد في الاصل لو كان لامراتين علي زوج احدهما الف
درهم فاختلعت امراته بحصتها منه فان شريكتها لا ترجع عليها بشي لانها لم تقبض
شيا الي هنا لفظ الاصل قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وفي الخلع لم يذكر انه اذا طلق البدل تشاركها بعضهم قالوا تشاركها لانه وجب عليه
دين مثله ثم وقعت المقاصة وفيه معني الاستيفا بالدراهم كما ذكرنا في النكاح
فالصحيح انه لا يشاركها لانه انما يحكم بالاستيفا عند وقوع المقاصة عند وجود علامة
الاستيفا وعلامته ان يصل اليه غير منتفع لان الاستيفا يكون بالاعيان وفي الخلع لم
يصل اليه عين ولهذا لو جني عليه جناية يلزمه ارش مثل نصيبه لا يشاركه صاحبه
وان وجد صورة المقاصة كذا ههنا **قوله** وكذا الصلح عليه عن جناية العمد وذكر هذا

الدراهم تتعين في حق التقدير

ايضا بسبيل التفريع وهو مذكور في الاصل يعني اذا جني احد ربي الدين علي المديون
جناية عمد فيما دون النفس يكون ارشها مثل دين الجاني فصالحه الجاني علي نصيبه
من الدين لا يكون ذلك بمنزلة القبض حتي لا يكون لشريكه عليه شي لما بينا انفا وكذلك
اذا صالحه من جناية عمد فيها قصاص **قوله** واذا كان السلم بين شريكين فصالحه
احدهما من نصيبه علي راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز الصلح وهذه من مسايل القدوري وقد ذكر الخلاف هكذا في الاصل وفي شرح
الطحاوي للاسبيجابي والمختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدوري
وغير ذلك وقال في شرح الاقطع لم يجز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يجوز الصلح وجعل قول محمد مع ابي يوسف فمعناه ان احد شريكي السلم اذا صالح
من نصيبه من المسلم فيه علي نصيبه من راس المال بان اراد ان ياخذ راس
المال ويفسخ عقد الشركة جاز عند ابي يوسف خلافا لهما قال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو حنيفة ومحمد اذا اسلما في طعام ثم صالح احدهما علي حصته من
راس المال لم يجز الا ان يجيزه شريكه وقال ابو يوسف يجوز ذلك في حصته وشريكه
بالخيار ان شا شاركه فيما قبض واتبعا المطلوب ببقية الطعام فكان بينهما فان
شا اتبع المطلوب وسلم للقابض ما قبض ذكره هكذا في كتاب البيوع وجه قول
ابي يوسف انه دين مشترك فجاز صلح احد الشريكين عن نصيبه منه كساير
الديون ولان صحة الفسخ باعتبار المسلم فيه وملك كل واحد منهما ممتاز عن الاخر
فجاز تفرده بالفسخ كما لو اشتريا عينا ثم اقال احدهما ولهما انه لو جاز صلح احدهما لا يخلوا
اما ان يجوز في نفسه خاصة او في نصف من نصيبهما جميعا فان جاز في نصيبه
خاصة تلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بينا قبل هذا عند قوله ولو
اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف وعند قوله واذا كان الدين بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه علي ثوب وان جاز في نصف من النصيبين
جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه ولا يملك ذلك فلا بد من رضا الاخر
ولان الفسخ في باب السلم بولاية العقد فان المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس
لانه ثابت في الذمة فصار العقد اصلا فيه واستندت ولاية الفسخ الي العقد
والعقد قايم بهما جميعا فلا ستفرد احدهما بالفسخ بخلاف الاقالة احدهما في
بيع العين لان ملك المبيع هو الاصل وهو ثابت حسا ومشاهدة فكانت
ولاية الفسخ بنا علي المالك فتفرد احدهما بالفسخ لانه تصرف في ملك نفسه
ولان احدهما في اقالة بيع العين تصرف في الحكم في حالة البقا فلم يكن ذلك متعديا
الي العقد لان الحكم في حالة البقا يستغني عن العقد السابق فاذا كان كذلك لم يكن
تصرف احدهما تصرفا فيما قام بهما جميعا ولا يلزم اذا صالح احد الشريكين عن
نصيبه من الدين المشترك لان حق الشريك لا ينقطع عن الدين المقبوض فلا
يودي الي قسمة الدين وفيما نحن فيه ليس كذلك لانه لا يخلوا اما ان ينقطع
حق الشريك او لا فان انقطع يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز
وان لم ينقطع يكون ذلك فسخا علي النصيبين فلا يصح ولا يلزم اذا لا رضي

الشريك الاخر لانه اذا رضي صار كانهما فسخا جميعا فجاز ثم اذا صح الصلح من احدهما علي راس
المال في قول ابي يوسف قبل لا شركه الاخر لامتياز حقهما ولو لم ياخذ راس المال وقبض
شيا من السلم يشركه صاحبه لانه دين مشترك بينهما **قوله** بخلاف شرا العين جواب
عن قوله وبما اذا اشتريا عبدا فاقاله احدهما في نصيبه وقد مر بيانه انفا **قوله** وهذا
لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد اي حادثا بالعقد ثابتا به اشارة الي وجه الفرق
بين احد شريكي السلم واقالة احد مشتري العين حيث لا يصح الاول عندهما خلافا
لابي يوسف ويصح الثاني بالاتفاق والبيان مر انفا **قوله** ولانه لو جاز لشاركه في
المقبوض يعني لو جاز صلح احدهما علي راس المال كما قال ابو يوسف لشاركه الشريك
الاخر في المقبوض من راس المال فاذا شاركه واخذ منه حصته رجع الشريك اي
المصالح بذلك القدر من المسلم فيه علي المسلم اليه لانه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح
الواقع بين المصالح والمسلم اليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود
السلم بعد سقوطه وذلك باطل لانه لم يلزم من نفيه ثبوته **قوله** قالوا اذا خلطا راس
المال اي قال المتاخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما اذا خلطا راس المال
وكان راس المال مشتركا بينهما ولنا في قيدهم نظر لان محمدا ذكر المسيلة في باب
الصلح في السلم بين الرجلين علي الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل
اطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسيله في مختصر الكافي في كتاب الصلح
فيما اذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما اذا نقد راس المال
مشتركا بينهما وذكر خلاف ابي يوسف في الموضعين كما بينا **قوله** فعلي الوجه
الاول اراد به النكتة الاولي وهي لزوم قسمة الدين في الذمة **قوله** وعلي الوجه
الثاني اراد به النكتة الثانيه وهي قوله ولانه لو جاز لشاركه الي اخر الاتفاق
اي صح صلح احدهما علي الاتفاق علي راس ماله لان راس المال اذا لم يكن مخلوطا
وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه ان يشاركه فيه لانه لا حق له فيه لانه مال الغير
ونختم الفصل بمسيلة ذكرها في الواقعات الحسامية في باب الصلح بعلامة النون
رجلان لهما دين علي رجل فاراد احدهما ان ياخذ نصيبه علي وجه لا يكون
لشريكه فيها نصيب فالحيلة في ذلك ان يبيع من المطلوب كفا من زبيب
بماية درهم ويسلم اليه ثم يبريه عن نصف دينه ويطالبه بثمن الزبيب فح
لا يكون لشريكه فيها نصيب

فصل في التخارج

يعني التخارج ان
يصالح بعض الورثه من نصيبه علي شي فيخرج من البين وانما اخر هذا
الفصل لقلة وقوعه لان كل احد لا يرضي بان يخرج من البين بشي ياخذه
لان الظاهر ان الذي ياخذه دون نصيبه **قوله** قال واذا كان التركه بين
ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركه عقار او عروض جاز قليلا
كان ما اعطوه اياه او كثيرا اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا كان الصلح
عن عقار او عروض فالصلح اذن بمنزلة البيع فيجوز بقليل العوض وكثيره واليه
اشار في شرح الاقطع وهذا لان التركة اذا كانت ذهبا او فضة يجي حكمهما بعد
هذا والاصل في جواز التخارج ما روي محمد بن الحسن في الاصل في اول كتاب

الصلح عن ابي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدي نسا عبد الرحمن بن عوف
صالحوها علي ثلاثة وثمانين الفا علي ان اخرجوها من الميراث وقال محمد ايضا حدثني
ابو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن بن عباس انه قال تتخارج اهل الميراث
وكذلك روي الحاكم الشهيد في الكافي عن عمرو بن دينار ان احدي نسا عبد الرحمن بن
عوف صالحوه علي ثلاثة وثمانين الفا علي ان اخرجوها من الميراث وقد اثبت
شمس الايمة السرخسي وعلا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه
من غير تغيير الا ان شمس الايمة السرخسي قال وهي تماضر كان طلقها في مرضه
فاختلف الصحابه في ميراثها ثم صالحوها علي السطر وكانت له اربع نسوة فحظها
ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزا من التركة فصالحوها علي نصف ذلك وهو
جز من اربعة وستين جزا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الفا وقد ذكر
محمد الالف مطلقا ولم يفسر انها درهما ودنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر
اسم المصالحه ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية
لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار وقال محمد بن سعد في
كتاب الطبقات الكبير اخبرنا عارم بن الفضل قال حدثنا حماد بن زيد
عن ايوب عن محمد بن عبد الرحمن عوف توفي وترك اربع نسوة فاخرجت
امراة من ثمنها بثمانين الفا ثم قال محمد بن سعد اخبرنا محمد بن عامر قال حدثنا
اسامه بن زيد الليثي عن صالح بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال اصاب
تماضر بنت الاصبغ ربع الثمن فاخرجت بماية الف وهي احدي الاربع ثم قال
محمد بن سعد اخبرنا الفضل بن دكين ابو نعيم قال حدثنا كامل ابو العلا قال
سمعت ابا صالح قال مات عبد الرحمن بن عوف وترك ثلث نسوة
فاصاب كل واحد مما ترك ثمانون الفا ثمانون الفا وقال الواحدي في
كتاب اسباب نزول القران في براة في قوله تعالي الذين يلمزون المطوعين
قال قتادة وغيره حث رسول الله صلى الله عليه وسلم علي الصدقة فجا عبد الرحمن
بن عوف باربعة الاف درهم وقال يا رسول الله مالي ثمانية الاف جيتك بنصفها
فاجعله في سبيل الله فامسكت نصفها لعيالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
بارك الله لك فيما اعطيت وفيما امسكت فبارك الله في مال عبد الرحمن حتى انه خلف
امراتين يوم مات فبلغ ثمن ماله لهما مايتين وستين الف درهم ففي هذا الحديث
دليل ان جهالة المصالح عنه لا يمنع من صحة الصلح فان ما لا يبلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا
المبلغ يكون مما لا يحصي عدده والظاهر ان قدره وقت الصلح لا يكون مستدركا فلا يكون
نصيب المصالحة مستدركا والله اعلم **قوله** وان كانت التركه فضة فاعطوه ذهبا
او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك اي قال القدوري في مختصره يعني اذا كانت
احد النقدين فاعطي الورثه احدهم من النقد الاخر جاز قليلا كان ما اخذه المصالح او كثيرا
لان هذا الصلح بمنزلة البيع وبجوز البيع كيف ما كان في النوعين الا انه يشترط القبض في المجلس
لانه صرف فلا بد من التقابض ولكن اذا كان الذي في يده بقيه التركة جاحدا لا حاجة
الي تجديد القبض لانه قبض ضمان فجاز ان ينوب عن قبض الصلح وهو قبض ضمان لانه مثله

وان كان مقرا فلابد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء الي مكان يتمكن فيه من قبضه لان قبضه
قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان والاصل ان القبض اذا تجانسا امانة او ضمانا
ناب احدهما مناب الاخر واذا اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينعكس
قال في الفتاوي الصغرى اذا ادعي علي اخر الف درهم فانكر فاصطلحا علي عشرة دنانير
فافترقا من غير قبض لم يصح لان هذا صرف في زعم المدعي والصلح بني علي زعم المدعي
قال فيها ولو ادعي علي اخر مائة درهم امانة في يده فاصطلحا علي عشرة دنانير وقبض
المدعي بدل الصلح ولم يبيع عليه الغصب في الدراهم فان كان المدعي عليه مقرا بما
ادعاه المدعي فالصلح باطل لان قبضه الاول قبض امانة فلا ينوب عن قبض
الشرا وان كان جاحدا يجوز لان قبضه الاول قبض غصب في زعمه فينوب عن
قبض الشرا وجملة الكلام هنا ما ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي وقال قال ابو حنيفة ايما امراة صولحت علي ثمنها ولم يكن لزوجها
دين علي الناس وان كان ما اخذت اكثر من نصيبها من العين فذلك جايز
وان لم يبين لها ما ترك زوجها وان كان فيما ترك زوجها دين فالصلح باطل
وبه نقول لانها يصير تمليكه نصيبها من الدين من غير من عليه الدين
وتمليك الدين من غير من عليه الدين يكون باطلا واذا ابطل في بعضه بطل
في كله قال وقيل هذا قول ابي حنيفة خاصة اما علي قول ابي يوسف ومحمد
يبقي العقد صحيحا فيما ورا الدين لان المذهب عندهما ان فساد العقد في بعض
المعقود عليه بدليل مقصود عليه لا يوجب فساد العقد في الباقي وعند ابي حنيفة
يوجب وقيل هذا قول الكل لان بيع الدين باطل وليس بفاسد فصار بمنزلة
بيع الحر والقن ثم قال واذا لم يكن فيه دين ان كان بدل الصلح دراهم او دنانير ان لم
يكن في التركة دراهم ودنانير جاز ولا يشكل انها تكون بايعة نصيبها من التركة بما اخذت
وان كان فيها دراهم وبدل الصلح دراهم او دنانير ان كان نصيبها من الدراهم التي
ترك زوجها اكثر مما اخذت من الدراهم لم يجز لانها تكون بايعة نصيبها من الدراهم
والعروض بدراهم اقل من نصيبها فيدخل فيه الربوا ويصير الوارث مانعا حقها
فيما زاد علي ما استوفت من غير تاويل فيكون باطلا ولو كانت الدراهم التي اخذت
اكثر من نصيبها من الدراهم جاز فيكون في مثل نصيبها من دراهم التركة استيفا
لحقها وفي الزيادة عوضا عن نصيبها وان اخذت دنانير كان جايزا الا انهما اذا
افترقا من غير قبض بطل العقد في حصته الدراهم لانه حق في ما يقابل نصيبها
من الدراهم يكون صرفا ولا يبطل في الباقي لانه فساد طارئ وكذلك ان كان
في التركة دنانير والصلح علي الدنانير فهو علي الاقسام التي قلنا ها وان اخذت عروضا
فهو جايز لانه يصلح عوضا عن جميع نصيبها في التركة من العين وغير العين ثم قال
شيخ الاسلام الاسبيجابي قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح علي اقل
من نصيبها من العين في حالة التصادق وقد بين ذلك في موضع اخر من هذا الكتاب
اي من مختصر الكافي اما في حالة المناكرة فالصلح جايز لانه ان لم يمكن تصحيحه
معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال شيخ الاسلام والصحيح انه باطل في الوجهين

لانه تكون

مطلب الدعاء الي الصلح

لانه تكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معني الربوا من الوجه الذي قلنا وروي
عن عمر رضي الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتي يصطلحوا فان فصل القضا يحدث
بينهم الضغاين قال مشايخنا هذا في حال اشتباه وجه القضا اما في حال
ظهور وجه القضا ينبغي ان يقضي بينهما الا ان في الدعا الي الصلح امر لاحدهما بترك
بعض حقه وما ينبغي للقاضي ان يفعل ذلك والصحيح انه يجوز دعاؤهما بطريق الندب
لا بطريق الالزام لما قال من الفايدة وهو صيانتهما من الوقوع في العداوة وينبغي
ان لا يدعوهما الي ذلك الا مرة او مرتين فان ايس عن ذلك يفصل بينهما بالقضا
وينبغي ان يتولاه بنفسه ولكن يردهما الي من يسمعان قوله من اهلهما لان صاحب
الحق عسي ان يحتشم من القاضي فيترك بعض حقه حشمة من القاضي وفي بعض الروايات
ردوا الخصوم من ذوي الارحام الي اهلها والصلح في حقها اندب احترازا عن
قطيعة الرحم ونقل في خلاصة الفتاوي عن فوايد شمس الاسلام ان التخارج لا يصح
اذا كان علي الميت دين ايضا قوله باطل اي يبطله رب الدين لان حكم الشرع ان
يكون الدين علي جميع الورثة قوله وان كانت التركة ذهبا او فضة وغير ذلك فصالحوه
علي ذهب او فضة فلابد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتي يكون
نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني
اذا كانت التركة ذهبا وفضة وعروضا وعقارا فصالحت الورثة احدهم علي احد
النقدين لم تجز حتي يكون بدل الصلح اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتي يكون نصيبه بمثله
والزيادة بحقه من بقية التركة كيلا يلزم الربوا قوله ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا
يعني سوا قل بدل الصلح او كثر لانه لا يلزم الربوا انما ذكر هذا تفريعا علي مسيلة القدوري
ولا يشترط التقابض ايضا لانه ليس بصرف قوله ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل
الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز كيف ما كان يعني يجوز الصلح بلا اشتراط التساوي في الجنس
والزيادة علي ذلك قل بدل الصلح او كثر صرفا للجنس الي خلاف الجنس تصحيحا للعقد ولكن
يشترط التقابض في المجلس لانه صرف وذكره ايضا تفريعا قوله قال واذا كان في التركة
دين علي الناس فادخلوه في الصلح علي ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح
باطل اي قال القدوري في مختصره يعني ان الصلح باطل في الكل في العين والدين جميعا
وذلك لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين لان المصالح ملك نصيبه من الدين
من ساير الورثة بما اخذ من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولهذا لو قال
بعتك العين الذي لي علي فلان لا يجوز واذا ابطل في حق الدين بطل في حق العين ايضا
لاتحاد الصفقة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهذه المسيلة ترد نقضا علي
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا لا يصح في
حصته الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسد الكل وهذا انما يحفظ والجواب
عن النقض الذي قال خواهر زاده ما ذكرنا قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال
بعضهم هذا قول ابي حنيفة خاصة وعلي قولهما يبقي العقد صحيحا فيما ورا الدين
وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن قوله
وان شرطوا ان يبري الغرما منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جايز هذا لفظ

القدوري في مختصره وهي حيلة الجواز في الصلح اذا كان في التركة دين على الناس يعني
اذا شرط الورثة ان يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرما وهم المديونون
ولا يكون الرجوع لساير الورثة بعد ذلك على الغرما بنصيب المصالح من الدين جاز
الصلح لانه اسقاط الدين من ذمة المديون او تمليك الدين ممن هي ذمته وكلاهما
جايز وحيلة اخرى ان يتبرع الورثة بقضا نصيب المصالح من الدين ثم يصالحونه
عما بقي من التركة ولكن في هذين الوجهين نوع ضرر لساير الورثة لان في الوجه
الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرما بقدر نصيب المصالح وفي الوجه الثاني ضرر
النقد لان النقد خير من الدين والاوجه في جواز الصلح ان ينظر الورثة الى مقدار
نصيب المصالح من الدين فيقرضون ذلك المقدار اياه فيكون لهم عليهم ويوكلهم
المصالح بقبض نصيبه ويتقاصونه بماله عليه ذكر الخصاف هذا الوجه في كتاب
الحيل **قوله** ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل
والموزون ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري يعني اذا لم يكن في التركة دين
على الناس ولكن اعيان التركة ليست بمعلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه
على كيلي كالحنطة والشعير ووزني كالحديد والصفر فهل يجوز هذا الصلح ام لا اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لاحتمال الربوا لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي
ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لان زاد على بدل الصلح
من نصيب المصالح يكون ربوا وقال بعضهم يجوز لانه شبهة الشبهة وانما المعتبر الشبهة
لا شبهة الشبهة وذلك لانه لو علم اعيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب
المصالح يكون ربوا وقال بعضهم شبهة لما قلنا فاذا لم يعلم اعيان التركة يكون شبهة
الشبهة لانه يحتمل ان يكون في التركة كيلي ووزني ويحتمل ان لا يكون **قوله** ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة وهذا ايضا تفريع على مسئلة
القدوري يعني اذا لم يكن في التركة دين وليس فيها مكيل وموزون ايضا وقع الصلح
عن نصيب بعض الورثة على مكيل وموزون واعيان التركة ليست بمعلومة هل
يجوز هذا الصلح ام لا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه بيع المجهول فلا يجوز لان
المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما اخذ من المكيل والموزون وقال بعضهم
يجوز لان العلة في عدم جواز البيع اذا كان المبيع مجهولا افضاوه الى المنازعة لان المصالح
عنه في يد بقية الورثة ولا يطلبون شيئا اخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح وهذا
الوجه هو الاصح والدليل على ما قلنا انه لو باع قفيزا من صبرة جاز لان الجهالة ليست
بمفضية الى المنازعة فلو كان بعض المصالح عنه في يد المصالح وهم لا يعرفون قدره
لا يجوز الصلح لافضايه الى المنازعة **قوله** وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث ذكر هذا ايضا تفريعا على مسئلة
القدوري وهذا لا كلام فيه اذا كان الدين مستغرقا واما اذا لم يكن مستغرقا
اختلف المتاخرون فيه قال بعضهم يجوز وقال الكرخي لا يجوز القسمة استحسانا
ومع هذا لو اراد الجواز كيف يعملون في الفتاوى الصغرى في كتاب
القسمة اذا اراد قسمة التركة وفيها دين فالحيلة ان يضمن اجنبي باذن

الغريم

الغريم بشرط براءة الميت واذا لم يكن الضمان بشرط براءة الميت لا تنفذ القسمة لان الكفالة اذا
كانت بشرط براءة الميت كانت حوالة فينتقل الدين الى ذمة المحتال عليه وهو الكفيل فيخلو التركة
عن الدين فتنفذ القسمة بخلاف ما اذا لم يكن بشرط براءة الميت وكذا اذا ضمن بعض الورثة
بشرط براءة الميت وكذا اذا ضمن بعض الورثة الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وكذا اذا
قضوا دين الميت من مال اخر ثم اقتسموا او صالحوا جاز وقال شمس الايمة البيهقي في الكفاية
في كتاب المقسمة قسم الورثة التركة وعلى الميت دين فطلبه الغريم ينقض القسمة وان
قل الدين الا اذا كان للميت مال سوا فجعلنا الدين فيه ويبقى القسمة اذا ادى الورثة
الدين لان الدين يمنع تصرف الوارث كالرهن قل الدين او كثر وكذلك في التركة وصية
فاقتسموا مع غيبة صاحب الوصية الا اذا اقتسموا بقضاء القاضي فلا يبطل لان الموصى له
شريك الوارث غير ان القاضي اذا اقتسم مع غيبة احد الشركاء ينفذ او اثبت احد المقتسمين
دينا على الميت بالبينة ينقض القسمة ولا يكون القسمة ابرا لان القسمة تقع مع وجود الدين
ثم يقضي من مال اخر او يقضيه الورثة فلم يمكن اقرارا بعدم الدين الى هنا لفظ الكفاية
وقال في قسم المبسوط من الشامل في كتاب القسمة على الميت دين لغايب غير مستغرق
حبس القاضي قدر الدين ويقسم لان فيه مراعاة الحقوق وان كان مستغرقا لا يقسم لما عرف
قسم ثم ظهر دين على الميت ينقض القسمة الا ان يقضيه الورثة من مال اخر لان حق ذي
الدين متعلق بالتركة وكذلك لو ظهر وارث اخر لان له حقا في عين المقسوم ولو قضى بعض
الورثة له الرجوع على الباقين شرطا ام لا الا ان يتبرع لان كل واحد من الورثة مطالب
بالدين لما عرف الى هنا لفظ الشامل **كتاب المضاربة** تقدم وجه المناسبة
في اول كتاب الاقرار اعلم ان المضاربة هي دفع المال الى الغير ليتجر به على ان يكون
الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا ماخوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها لان
غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب في الارض قال الله تعالى
واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة واطلق اسم المضارب على
العامل لانه ضارب في الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب والاصل في جوازه
المضاربة الكتاب والسنة والاثار التي ذكرها محمد في الاصل واجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وقال تعالى واذا ضربتم
في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة والضرب في الارض قد يكون بمال
نفسه وقد يكون بمال غيره واما السنة فتقرير النبي عليه السلام تجار زمانه على ذلك
وكانوا يباشرون عقد المضاربة في زمانه فدل تقريره اياهم على تجويزها واما الاثار
فما ذكرها محمد عن عمر بن الخطاب انه اعطى مال يتيم مضاربة افاد ان المضاربة
مشروعة وافاد ان القاضي له ولاية دفع مال اليتيم مضاربة لانه تصرف نافع في
حقه لانه يحصل به صيانة المال مع الاستفضال وعن ابراهيم ان ابن مسعود اعطى
زيد بن خليدة مالا مضاربة فاسلم ذلك الى عتريس بن عرقوب في قلايص معلومة
باسنان معلومة الى اجل معلوم فحل الاجل فاشتد عليه فاتى عتريس الى عبد الله بن
مسعود يستعين به عليه فذكر له ذلك فقال عبد الله بن مسعود لزيد خذ راس
مالك ولا تسلم مالنا في الحيوان وذكر الحسن بن زياد في كتاب المجرد هذا الحديث وقال

اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبد الله بن مسعود انه اعطى زيد بن خليدة البكري
مالا مضاربة فاسلم زيد المضاربة الى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب
في قلايص الابل فحلت فادي بعضها وبقي بعضها فذكر ذلك لعبد الله فقال
خذ منه راس مالك ولا تسلم في شي من الحيوان الى هنا لفظ كتاب المجرد افاد ان
المضاربة مشروعة وافاد ان السلم في الحيوان لا يجوز حيث امر زيدا ان ياخذ راس
المال وعن ابراهيم انه كان يكره المضاربة بالثلث والنصف وزيادة عشرة
دراهم وقال ارايت ان لم تربح الا تلك العشرة وبه نقول لان هذا شرط يتوهم
فيه قطع الشركة وهذا عقد شركة فكل شرط يوهم قطعها كان مفسدا للمضاربة
وان كانت المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة ولكن هذا شرط ذاتي للشركة
فلا يوجد بدونه واما الاجماع فلان الناس اتفقوا على جواز ذلك في كل عصر
فصار ذلك اجماعا من الامة قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
والقياس ان يكون عقد المضاربة فاسدا لانه في الحقيقة استيجار العامل باجر
مجهول او معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع وجهالة
العمل والاجر توجب فساد الاجارة الا انا استحسنا وجوزناها بما ذكرنا من الدلايل
على ان لا يجوزها اجارة بل يجوزها شركة والشركة مشروعة بساير انواعها فكذا
هذا النوع وهذا لان غرضهما الشركة في الربح ويستقيم تحقيق الشركة فيه لان ما
يتولد من الربح مشترك بينهما لان الربح يحصل من المال بواسطة العمل لان الربح
لا يتولد من المال بدون العمل لانه لا ينمو بذاته ولا من العمل بدون المال لانه لا بد
له من محل يلاقيه فكان حصول الربح متعلقا بهما فتحققت الشركة كما في ساير الشركات
الا ان في ساير الشركات يكون المال منهما والعمل منهما وههنا المال من احدهما
والعمل من الاخر والحاجة الى الشركة على هذا الوجه قايمة فان الانسان قد يكون
له مال ولا يهتدي الى العمل وقد يهتدي رجل الى العمل ولا يكون له مال فيحتاجان
الى الشركة على هذا الوجه فيحصل مقصودهما وهو الربح وانما يكون شركة اذا صح
الشرط في اشتراك الربح ومتى فسد الشرط تبقى اجارة لانه اجارة في الحقيقة لانه
لغيره بنفع يطلبه في مقابلة عمله والربح حاصل بالمال لا بالعمل فلا يكون شركة
واذا صح الاشتراك في الربح التحق بالشركة في الاموال ولصحة المضاربة شرايط
اعلام راس المال اما تسمية او اشارة والثاني التسليم والثالث كون راس المال
من جنس الاثمان والرابع بيان نصيب المضارب في الربح فان استجمعت
هذه الشرايط والا فسد وينقلب اجارة قال القدوري وكان ابو بكر الرازي
ينكر هذه الطريقة يعني كون عقد المضاربة مخالفا للقياس ويقول هذا اصل
من الاصول فلا يقال انه يخالف القياس وانما يقال ذلك في مسايل الاجتهاد
قوله غبي عن التصرف من الغباوة وهو قليل الفطنة **قوله** صفر اليد عنه اي عن
المال وفي بعض النسخ صفر اليد اي خالي اليد **قوله** ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده الى اخره هذا بيان حكم المضاربة ولها احكام مختلفة فاذا دفع المال الى المضارب
فهو امانة في حكم الوديعة لانه قبضه بامر المالك لا على وجه البدل والوثيقة وقولنا

لا على وجه

لا على وجه الوثيقة احتراز عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين واذا
اشترى بالمال فهو وكالة لانه تصرف في مال الغير بامره واذا ربح صار شريكه لانه
ملك جزءا من المال بشرط عمله والباقي نما مال المالك فهو له فكان مشتركا
بينهما واذا فسدت المضاربة بوجه من الوجوه صارت اجارة لان الواجب
فيها اجر المثل وذلك يجب في الاجارات واذا خالف المضارب صار غاصبا وصار
المال مضمونا عليه لانه تعدى في ملك غيره ويكون ربح المال بعدما صار مضمونا عليه للمضارب
ولكن لا يطيب له عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب له كالغاصب والمودع
اذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما الربح على الاختلاف كذا في شرح الطحاوي وذكر فيه
حيلة ليكون المال مضمونا على المضارب وهي ان يقرض رب المال جميع المال من
المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان
يكون راس مال المقرض درهما واحدا وراس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان
يعملا جميعا ويشترطا الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك
المال في يده كان القرض عليه على حاله ولو ربح فالربح بينهما على الشرط **قوله** قال
المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية ومراده الشركة في الربح اي مراد القدوري من قوله عقد على الشركة والشركة في
الربح لان المضارب لا شركة له في راس المال وذلك لان المقصود من عقد المضاربة
هو الاشتراك في الربح بان يكون المال من جانب والعمل من جانب فانهما اذا لم يشترطا
الشركة في الربح لم يكن العقد مضاربة لانه لا يخلو اما ان يشترطا الربح جميعه لرب المال
او للمضارب فالاول بضاعة والثاني قرض **قوله** الا ترى ايضاح لقوله عقد على الشركة
وجه الايضاح ظاهر **قوله** قال ولا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة اي قال القدوري
في مختصره قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل مال يجوز عليه عقد الشركة
يجوز عليه عقد المضاربة من الدراهم والدنانير والفلوس على الاختلاف والنقرة
في موضع الذي يروج كما يروج الدراهم او التبر الذي يروج كما يروج الدراهم وكل ما
عقد الشركة لا يجوز عقد المضاربة من العروض التي تتعين للعقد عندنا وعند ابن ابي ليلى
يجوز الى هنا شرح الطحاوي قال القدوري في شرح مختصر الكرخي في كتاب الشركة
واما الفلوس فالمشهور عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الشركة والمضاربة لا تجوز بها
وقال محمد اذا كانت نافقة جاز وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المضاربة بالفلوس
جايزة قال وقال ابو يوسف تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة بها وجه المشهور
ان الفلوس تارة يكون ثمنا وتارة يكون مبيعا كالحنطة والشعير فصار كالعروض
واما فرق ابي يوسف بين الشركة والمضاربة فلانهما اذا اشتركا بالفلوس وكسدت
لم يؤد ذلك الى جهالة الربح لان راس المال ينقسم على عددها عند الشرا بها فيصير
المال كله بينهما على ذلك فاما المضاربة فلا بد من استرجاع راس المال فاذا كسدت
اخذ راس المال بالقيمة وذلك مجهول فلم يصح وقال القدوري ايضا في كتاب المضاربة
من شرح الكرخي قال ابو الحسن الكرخي المضاربة جايزة عند المسلمين جميعا
بالدراهم والدنانير واختلفوا في غيرهما من ساير الاموال فقال ابو حنيفة ومحمد والحسن

بن زياد هي ايضا جايزة بالفلوس اذا كانت نافقة بين الناس يتعاملون بها في تجاراتهم
وقال ابو يوسف لا تجوز المضاربة بالفلوس على حال وهو المعمول عليه من قوله عندي
رواه اصحاب الاملاء ومحمد في املايه وروي عن محمد في المضاربة الكبيرة خلاف ذلك
ثم قال القدوري والصحيح من قول ابي يوسف ان المضاربة بها في رواية لا تجوز لان
من مذهبه انما يتعين بكل حال فاما عند محمد فانها لا تتعين كالدراهم والدنانير وعن
ابي حنيفة روايتان في المضاربة بها في رواية لا تجوز لانها تتعين كالعروض وفي
الاخرى تجوز لانها لا تتعين في الشرا والبيع اذا لم تقابل جنسها فصارت كالدراهم والدنانير
واما تبر الذهب والفضة فقد ذكر في المضاربة ان المضاربة لا تجوز واجراه في كتاب
الصرف مجرى الدراهم وهذا مبني على وقوع التعامل به فاما الزيوف والنبهرجة
فتجوز المضاربة بها ذكره محمد لانها لا تتعين بالعقد كالجياد واما الستوقة فان كانت
لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وقد ذكر ابن سماعة عن ابي
يوسف ان المضاربة لا تجوز بالدراهم البخارية لانها كسدت عندهم كذا ذكره القدوري
في شرحه **قوله** وقد تقدم بيانه من قبل اي في كتاب الشركة وقد استقصينا بيانه
ثمه **قوله** ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز هذا ذكر تفريعا
على مسيلة القدوري يعني هذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض ووجهها
هذا وحيلة اخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل وقال قلت ارايت رجلا اراد
ان يدفع الي رجل مضاربة وليس عنده الا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من ٧
رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الي المضارب فضاربه ثم يشتري المضارب
هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه قال القدوري في شرح مختصر
الكرخي واما المضاربة بالعروض فلا تجوز عندنا وقال مالك تجوز وقال صاحب
الهداية في كتاب الشركة وقال مالك تجوز الشركة بالعروض والمكيل والموزون
ايضا اذا كان الجنس واحدا بخلاف المضاربة فيفهم من ذلك ان المضاربة
بالعروض لا تجوز عند مالك ايضا فيحتمل اختلاف الروايتين وكان الاصح عدم
الجواز لان صاحب كتاب التفريع صرح فيه بعدم جواز المضاربة بالعروض ولم يذكر
غير ذلك قال الفقيه ابو الليث وفي قول ابن ابي ليلى جازت المضاربة بالعروض
وجه قول مالك في الجواز ان العرض مال متقوم يجوز الاسترباح عليه عادة بالتجارة
فيكون كالدراهم والدنانير فيما هو المقصود من العقد ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ربح ما لم يضمن فلو جاز هذا العقد بالعروض لزم ذلك فلا يجوز بيانه ان المضارب
لو باع العروض فهلكت العروض في يده لم يضمنها لان العرض امانة عنده ان
سلم ثم البيع وان هلكت في يده بطل البيع فاذا لم يكن العرض مضمونا عليه فالربح
الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام للنهي وقد قال محمد في الاصل نقلنا عن
ابراهيم النخعي والحسن البصري انهما قالا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون
بالدراهم والدنانير ولان قيمة العروض تختلف اختلافها يدل على جهالة الربح
وذلك لان الربح لا يتبين الا بعد تحصيل راس المال وقيمة راس المال يعرف بالحزر
والظن والمضاربة اذا كانت بربح مجهول لا تجوز ولانه قال بع ثيابي على ان ثمنها لك لم

تجز فكذلك

تجز فكذلك اذا جعل له جزءا من الثمن وليس كذلك الدراهم والدنانير لانه لو قال اشتر بها على
ان جميع ما يشترى به لك جاز وكذلك اذا جعل له جزءا منه ولكن لو دفع اليه عروضا فقال بعها
واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم او دنانير جاز وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي
لا يجوز لنا انه اضاف المضاربة الي الثمن لا الي العروض والثمن يصح به المضاربة ٥
والمضاربة تقبل الاضافة لان فيها معنى التوكيل والاجارة قيل ان المسيلة مبنية
على جواز تعليق الوكالة بالخطر واورد الشيخ ابو نصر سوالا وجوابا فقال فان قيل
ان المضاربة لا تنعقد في مال مجهول فلا تتعلق بشرط كالبيع قيل له المقصود بالبيع
الملك وذلك لا يقف على شرط فكذلك العقد والمقصود من المضاربة الربح وذلك
يقف على شرط فجاز ان يقف على شرط فجاز ان يقف العقد على شرط ايضا فان
باعها بمكيل او موزون جاز البيع عند ابي حنيفة بنا على اصله ان الوكيل يجوز ان يبيع
بالاثمان وغيرها والمضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الي الحنطة والشعير
فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالبيع لا يجوز لان من اصلهما ان الوكيل بالبيع لا يبيع بغير
الاثمان وقال شمس الايمة السرخسي في مبسوطه ان المضاربة بالمكيل والموزون غير النقود
جايزة عند ابن ابي ليلى والدليل من الطرفين ما بينا من طرفنا وطرف مالك في العروض
قوله وكذا اذا قال اقبض مالي الذي على فلان واعمل به مضاربة جاز ذكر هذا ايضا
تفريعا على مسيلة القدوري اعلم ان المضاربة براس مال دين لا تجوز نحو ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف واما اذا قال اقبض الدين الذي لي على
فلان واعمل مضاربة جاز وتمام البيان فيه ما ذكره شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح بغيرهما ولو كان لرجل على رجل دين فامره
ان يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان فيه من فضل
فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان الدين الذي عليه لا يصلح راس مال المضاربة
لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون راس المال امانة عنده وما اشترى
فهو مشتر لنفسه وربحه له ولا شي لرب المال فيه في قول ابي حنيفة ودينه
عليه على حاله وقال ابو يوسف ومحمد ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال
ويبري المضارب من دينه وللمضارب على رب المال مثل اجر عمله لان المضاربة
ان فسدت بقي امرا بالشرا بماله عليه وذلك باطل عند ابي حنيفة فيصير مشتريا
لنفسه وعندهما الامر به صحيح فيصير مشتريا بالامر وقد طمع في مقابلة عمله شيا ولم
يصح فيلزم رب المال اجر مثل عمله ولو كان الذي امر بالشرا منه معلوما يصح الشرا للامر
بالاجماع والمسيلة بدلايلها مذكورة في البيوع ولو قال رب المال لرجل اقبض مالي على
فلان ثم اعمل به مضاربة بالنصف فهو جايز بالاجماع لانه ما عقد عقد المضاربة في الحال
انما عقده بعد قبض المال والمال بعد القبض يصلح مال المضاربة وانه عقد يحتمل الاضافة
الي زمان في المستقبل لانه توكيل والله اعلم كذا في شرح الكافي **قوله** لما قلنا اشارة الي
قوله لانه يقبل الاضافة ولهذا اذا قال اذا جا راس الشهر فقد اجرتك هذه الدار يجوز
قوله حيث لا تصح المضاربة اي بالاتفاق **قوله** على ما مر في البيوع اي في بيوع الوكالة
وذلك اشارة الي ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشرا عند قوله ومن له على اخر الف

فامران يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز الي اخره **قوله** قال ومن شرطها ان يكون
الربح بينهما مشاعا لا يشترط لاحدهما دراهم مسماة من الربح اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح فاذا اشترط لاحدهما دراهم مسماة
كالماية ونحوها تفسد المضاربة لان شرط ذلك يفضي الي قطع الشركة لانه ربما لا يكون
الربح الا ذلك القدر فلا يبقي للاخر شي من الربح قال شمس الايمة البيهقي في الكفاية شرطه
ان يكون قدرا معلوما مشاعا من كل الربح مثل الثلث والربع فان شرط لاحدهما ماية
من الربح مثلا او ماية من الثلث او الثلث الا ماية والباقي للاخر لم تجز المضاربة لانه
يودي الي قطع الشركة في الربح لجواز ان لا يربح الا ذلك القدر ثم الشرط الفاسد علي
وجهين ان ادي الي جهالة الربح فسدت المضاربة لانه المقصود وان لم يود صحت
وبطل الشرط مثل ان يشترط الوضيعة علي المضارب وهذا لان ما يقف صحته
علي القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما امكن كالهبة والرهن ولانها وكالة لا يبطلها الشرط
الفاسد وقال في الفتاوي الصغري واذا شرط المضارب ربع عشرة فسد لانه
شرط فاسد لانه شرط ينتفي به الشركة عسي **قوله** فان شرط لاحدهما زيادة عشرة
دراهم فله اجر مثله اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل دفع الي رجل الف درهم مضاربة علي ان الربح بينهما نصفان
وعلي ان الذي اخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم قال لا خير في هذا
وله اجر مثله فيما عمل الي هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وذلك لان المضاربة عقد
علي الشركة فما ادي الي قطع الشركة كان فاسدا لفوات المقصود من عقد المضاربة
وهذا الشرط يودي الي قطع الشركة فيكون العقد فاسدا لانه ربما لا يربح الا هذا
القدر فلا يحصل للاخر شي واذا فسدت المضاربة كان للعامل اجر مثل عمله لانه
ابتغي لعمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له اجر المثل كما في الاجارة
الفاسدة ومعني قوله زيادة عشرة اي من نصف صاحبه **قوله** وهذا هو الحكم
في كل موضع لم تصح المضاربة اي وجوب اجر المثل للعامل **قوله** ولا يجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة يعني عند محمد يجب
الاجر بالغا ما بلغ كما في الشركة علي الاحتطاب والاحتشاش وقد مر البيان ثمة
قوله ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل يعني يجب اجر المثل في المضاربة
الفاسدة سوا ربح او لم يربح علي رواية الاصل ووجه ذلك ان المضارب يكون في
معني الاجير اذا فسدت المضاربة ثم الاجير انما يستحق الاجرة اما بتسليم المنافع كما في
اجير الوحد فانه يسلم نفسه وفي تسليم نفسه تسليم المنافع واما بتسليم العمل
كما في الاجير المشترك وقد وجد تسليم المنافع والعمل جميعا فيستحق الاجر ولكن
لا يستحق الاجر المسمي لفساد العقد فيستحق اجر المثل وروي في العيون عن
ابي يوسف ان لم يربح شيا فلا اجر له ووجه ذلك الاعتبار بالمضاربة الصحيحة
لان ثم لا يجب شي اذا لم يكن الربح ففي الفاسدة اولي ان لا يجب لان الصحيحة فوقها
في امضا الحكم واستحقاق الربح **قوله** والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون
بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ذكره تفريعا قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره

والمضارب

والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها فان ضاع منه المال وهو علي ذلك فلا ضمان
عليه في قول ابي حنيفة وبه نا خذ وعليه الضمان فيه في قول ابي يوسف ومحمد الي
هنا لفظ الطحاوي وقد ذكر الاختلاف كما تري ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية
وجعله امانة كما في المضاربة الصحيحة وحمله البيان هنا ما ذكر شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي فقال ولو قال ما رزق الله تعالي من شي فللمضارب
ماية درهم فهذه مضاربة فاسدة لانه يوهم قطع الشركة لانه عسي لا يربح الا ماية
ومتي فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتي لو عمل علي ذلك فربح مالا او لم
يربح شيا فله اجر مثل عمله وليس له من الربح شي وهو يجاوز نصف الربح ينبغي ان يكون
علي الخلاف الذي ذكرناه في شركة الاحتطاب والاحتشاش ان المجموع يكون للجامع وللاخر
اجر مثله لا يجاوز نصف المجموع عند ابي يوسف وعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه لا يمكن
تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شي لانه اجير ولو ضاع المال او تلف المال
فلا ضمان عليه لانه امين وقيل هذا علي قول ابي حنيفة وعندهما يكون مضمونا لانه
بمنزلة الاجير المشترك والاصح انه لا ضمان عليه علي قول الكل لانه اخذ حكم المضاربة والمال
في يد المضارب صحت المضاربة او فسدت يكون امانة وهذا لانه لما قصد ان يكون
المال مضاربة عنده فقد قصد ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا وكذا كل مضاربة
فاسدة عمل بها المضارب فربح او وضع فله اجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال
الي هنا لفظ شرح الكافي **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده اي يفسد عقد
المضاربة ذكر هذا الاصل لبيان ان الشرط الفاسد في باب المضاربة علي ضربين فما
اوجب جهالة في الربح افسد العقد كاشتراط زيادة العشرة لاحدهما وما لم يوجبها لا يفسد
العقد كشرط الوضيعة علي المضارب بل يبطل الشرط وقد مر ذلك مرة عند قوله
ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا وعلي هذا الاصل قال محمد فيمن دفع الفا
مضاربة علي ان الربح بينهما نصفان وعلي ان يدفع اليه رب المال ارضه يزرعها
سنة او علي ان يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جايزة لانه الحق بها
شرطا لا يقتضيه ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع ارضه ليزرعها
رب المال سنة او يدفع داره الي رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة
وذلك لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصارت حصة
العمل مجهولا بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي والوضيعة اسم لجزء هالك
من المال يقال وضع التاجر في سلعته اي خسر يوضع وضيعة ويقال توم وضع يوضع
مثل وجل يوجل كذا الجمهرة **قوله** قال ولا بد ان يكون المال مسلما الي المضارب لا يد
لرب المال فيه اي قال القدوري في مختصره اعلم ان التسليم الي المضارب شرط صحة
المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها لان المال امانة فلا يتم
الا بعد تسليم راس المال الي المضارب كالوديعة واذا شرط عمل رب المال معه
لا يتحقق التسليم لان يده تبقي علي المال فيمنع من تمام التسليم بخلاف الشركة فانها تجوز
مع بقاء يد الشريكين لان العمل ثمة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما بانتفاء يد
الاخر لم تنعقد الشركة وفي المضاربة المال من جانب والعمل من جانب اخر فلا بد من

التسليم حتى يتحقق العمل من الجانب الاخر لان المضاربة فارقت الشركة في الاسم فلا بد
ان تفارقها في المعنى بزوال يد رب المال عنه بالتسليم **قوله** وسوا كان رب المال
عاقلا او غيرها قد يعني ان اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سوا
كان رب المال عاقلا كالبالغ او غير عاقد كالصغير مثل الاب او الوصي اذا دفع مال
اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير تفسد عقد المضاربة لان الصغير مالك للمال
فبقا يده فيه يمنع من صحة المضاربة كالكبير وكذلك من يستحق الربح بمال اذا شرط
عمله مع المضارب يفسد العقد كاحد المتفاوضين او شريكي العنان اذا دفعا
مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ المال مضاربة
كالدافع فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط ان يتصرف في المال مع المضارب
فان كان ممن يجوز ان ياخذ المال مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا
دفعا مال الصغير وشرطا ان يعملا مع المضارب بجز من الربح لانهما لو اخذا لو اخذا
مال الصغير مضاربة جاز فصار كالاجنبيين وان كان العاقد ممن لا يجوز ان ياخذ المال
مضاربة فشرط فسد العقد مثل الماذون يدفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب
لان الماذون وان لم يكن مالكا للمال فلا يصح ان ياخذ مضاربة فصار كالمالك فاما اذا شرط
الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى يستحق
الربح بالمال وان كان عليه دين فالمضاربة جايزة وذلك لان المولى على قول
ابي حنيفة لا يملك هذا المال فصار كالاجنبي فاما المكاتب اذا شرط عمل مولاه
لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكتساب مكاتبه فهو فيها كالاجنبي كذا
ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي **قوله** وكذا احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان اذا اخذ مالا مضاربة وشرط عمل صاحبه اي يفسد عقد المضاربة
قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو شرط ان يعمل معه شريك
رب المال ان كانت شركة مفاوضة لم تجز لان يد الشريك كيده بمقتضى عقد
الشركة فصار كان رب المال باقية على المال فمنعت من تمام التسليم وكذلك
شريك العنان في مال الشركة لان يدهما واحدة ولو كان المدفوع اليه من غير
مال الشركة لم تفسد بالشرط لان شريك العنان في غير مال الشركة ينزل
منزلة الاجانب **قوله** لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا تعليل لقوله وكذا احد
المتفاوضين يعني يفسد العقد اذا عقد احد الشريكين ويشترط عمل
صاحبه لقيام الملك لصاحبه وان لم يكن صاحبه عاقدا اي في المال **قوله**
كالماذون ليس بقيام بل هو نظير ما اذا كان العاقد غير مالك لم يصح اخذه مضاربة
واشترط العمل عليه وقد مر بيانه انفا بالتفصيل فيما اذا دفع المال مضاربة الى مولاه
الى اذا كان عليه دين او لم يكن قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
واذا دفع الرجل الى الرجل مضاربة مالا بالنصف فرده المضارب على رب المال
وامره ان يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جايز على المضاربة والربح على ما
اشترط لانه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لانه صار مستعينا به على العمل ومتى
وقع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استردادا فلا ينتقض به اليد الثانية للمضارب

بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في حال العقد لان يده مانعة من تمام التسليم والتسليم
شرط لصحة المضاربة فرق بين هذا وبين الاجير المشترك اذا استعان بالمستاجر يفعل حيث
لا يستحق الاجرة لان المعقود عليه في باب الاجارة هو العمل فاذا لم يعمل لا يستحق الاجرة اما
ههنا فالعمل غير معقود لان المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح فافترقا وصار كالمالك
وهب للمضارب راس المال ثم اشتركا ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا ذكر
شيخ الاسلام علا الدين ولو دفع المضارب المال مضاربة الى رب المال فالمضاربة الثانية
فاسدة والمضاربة الاولى جايزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا
وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه كذا في شرح
الطحاوي وهي تعرف في المختلف **قوله** قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع اي قال القدوري في مختصره
اراد بالمضاربة المطلقة ان لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة
لا يجوز للمضارب ان يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان ويجي ذلك
بعد هذا ان شا الله تعالى اعلم ان الرجل اذا دفع الى رجل مالا مضاربة ولم يقل فيه
اعمل برايك فله ان يشتري ما بدا له من اصناف التجارات ويبيع بالنقد والنسية
لان غرضه حصول الربح ولا يحصل ذلك عادة الا بملكه جميع انواع التجارات لانه
قد يربح في نوع منها وقد لا يربح فوجب ان يكون بسبيل من جميع اصناف التجارات
يملك البيع بالنقد والنسية لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة فاذا
كان عاما اولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسية وقال ابن ابي ليلى ليس له
ان يبيع بالنسية وهذا على اصله مستقيم لان الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسية
عنده كذا قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وله ان يوكل بالبيع
والشرا لانه من عادة التجار ولان الوكالة اخص من المضاربة فجاز ان يستفاد
بذلك ولانه ملك التصرف بامر عام فجاز ان يوكل به كالشريك وله ان يسافر ايضا
بمال المضاربة قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وللمضارب ان يسافر
بالمال وان لم يقل له اعمل برايك في قول ابي حنيفة في رواية محمد والحسن
بن زياد وهو قولهما ايضا وكذلك روى محمد عن ابي يوسف وروى اصحاب
الاملا عن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر بالمال وقال ابو يوسف عن
ابي حنيفة اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من اهلها فان كان ابا حنيفة قال
ليس له ان يسافر بالمال وان كان الدفع في مصر غير الكوفة فللمضارب ان يخرج
به حيث شا الى هنا لفظ الكرخي اما وجه الرواية المشهورة فلان المضاربة
مشتقة من الضرب في الارض وذلك يقتضي السفر ولانها اذن عام فلا يختص
بمكان دون مكان واما وجه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة فلان السفر
بالمال خطر فلا يجوز الا باذن المالك او ما يدل على الاذن فاذا دفع اليه المال
في بلدهما فلم ياذن له في السفر ولا وجد ما يدل على الاذن فلا يجوز له السفر فاما
اذا دفع اليه في غير بلدهما فالعادة ان الانسان لا ياخذ المضاربة فيه ويلتزم
ترك وطنه فصار دفع المال رضا بالرجوع الى الوطن فيتضمن المضاربة السفر

فجاز ان يسافر حيث شا كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وكذا له ان يبضع و يودع لان ذلك من عادة التجار ولان المضارب يملك ان يستاجر من يعمل في المال بعوض فاذا بضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو اولي به وانما قلنا يملك ان يستاجر لانه لا يتوصل الي الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير الا ان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر علي حفظ المال الا بذلك وهو ماذون في حفظ المال وله ان يستاجر السفن والدواب والرجال لحمله لان الربح يحصل بنقل المال من موضع الي موضع ولا يمكنه نقله بنفسه قال الكرخي في مختصره وله ان يرهنه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها علي رجل لان الرهن الايفا والارتهان والاستيفا وهو يملك ذلك بعقد عام والحاصل هنا ما قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرفات في المضاربة ثلاثة اقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الايجاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستيجار والرهن والارتهان وما اشبه ذلك وقسم اخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل ان يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الي غيره مضاربة او يخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره فانه لا يملك هذا بمطلق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو امر زايد علي ما يقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل ان يلحق به فاذا قيل اعمل برايك فله ذلك وقسم اخر ليس من المضاربة ولا يحتمل ان يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة علي المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة علي المال تصرف بغير راس المال والتوكيل مقيد براس المال فلا يحتمل التعدي الا ان ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة لانه ليس لاحدهما فيه راس المال قال في شرح الاقطع لا يجوز للمضارب ان يستدين علي المضاربة وان فعل ذلك لم يجز علي رب المال وذلك لان ما يبتاعه المضارب قيمته مضمونة علي رب المال الا تري انه اذا اشتري براس المال فهلك قبل التسليم رجع عليه المضارب بمثله واذا كان كذلك ورب المال لم يرض ان يضمن الا مقدار راس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض به وذلك لا يصح واذا لم يصح استدانته علي رب المال لزمه الدين خاصة واما اذا استدان باذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه الا تري ان المشتري بالدين لا يجوز ان يكون مضاربة لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم يكن مضاربة لم يبق الا ان يكون شركة وجوه واطلاق الشركة يقتضي التساوي فلهذا كان بينهما نصفين وقد قالوا ليس للمضارب ان ياخذ سفتجة لان ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك ايضا لا يعطي سفتجة لان ذلك قرض وهو لا يملك القرض وكذلك لو قال اعمل برايك لم يكن له شي من ذلك لان ذلك ينصرف الي ما يعود الي التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة **قوله** وعن ابي يوسف ليس له ان يسافر هذا اذا لم يقل له اعمل برايك وهذه الرواية رواها اصحاب الاملا عن ابي يوسف عن ابي

حنيفة

حنيفة كذا ذكره الطحاوي في مختصره وذلك لان فيه تعريض المال علي الهلاك ثم قال فيه وقال ابو يوسف من رايه له ان يسافر الي الموضع الذي يقدر علي الرجوع منه الي اهله فيبيت فيهم نحو قطربل من بغداد **قوله** والظاهر ما ذكر في الكتاب اي ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعا هو ما ذكر القدوري في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وان لم يقل له اعمل برايك واشار به الي قوله جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر اي يسافر به الي حيث شا في بر وبحر قال الطحاوي في مختصره وبه ناخذ **قوله** قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك اي قال القدوري في مختصره وذلك لان رب المال رضي بشركته ولم يرض باشراك غيره في الربح فلا يجوز الاشراك ولان العقد المطلق لا يستفاد بمقتضاه مثله وانما يستفاد ما هو دونه والمضاربة مثل المضاربة فلا المضارب كالوكيل لا يملك التوكيل فلانه من التنصيص علي ذلك او التفويض اليه مطلقا بقوله اعمل برايك لانه فوض اليه الراي الذي يملكه التجار ان يفعله لانهم ربما يفعلونه وليس كذلك الايداع والابضاع لان ذلك دون المضاربة فملكهما المضارب وليس كذلك الاقراض ايضا لانه لا يملكه اصلا وان فوض اليه الراي مطلقا لانه تبرع وليس من التجار بشي الا تري ان المقرض لا يجوز ان ياخذ زيادة علي درهم القرض لانه ربوا فلم يحصل الغرض من المضاربة وهو الربح وكذا ليس ان يشارك مع غيره شركة عنان او يخلط المال بمال نفسه او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولان الشي لا يتضمن ما هو فوقه والشركة اعم من المضاربة وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز اذا قيل له اعمل برايك وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب المال الي غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي اذا كانت المضاربة فاسدة فلا يضمن المضارب الاول وان عمل المضارب الثاني في المال لانه بمنزلة الاجير وللمضارب ان يستاجر ويجب للثاني اجر المثل في مال المضاربة فان كانت المضاربة الثانية صحيحة لم يكن المال مضمونا علي المضارب الاول بمجرد الدفع حتى ان المال لو هلك في يد الثاني قبل ان يعمل هلك امانة لان مال المضاربة وديعة عند المضارب الاول قبل ان يعمل ولا يكون المضارب الاول مخالفا بالايداع الا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع واذا عمل الثاني صار الاول مخالفا ورب المال بالخيار وان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني رجع بما ضمن علي الاول وان ضمن الاول لا يرجع علي الثاني بما ضمن وصحت المضاربة بين الاول والثاني لانه لما تقرر الضمان علي الاول تقدم ملكه وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الي الثاني هذا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة انه قال لا يضمن اذا عمل الثاني ما لم يربح لانه بمنزلة التوكيل الا ان يظهر الربح ولا يصير الاول مخالفا بالتوكيل وانما يصير مخالفا بالاشراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضيعة عليه وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن يصح الشركة بينهما هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برايك فان قال له

اعمل برايك فله ان يخلط مال المضاربة بمال نفسه واذا ربح قسم الربح بين المالين فربح
ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما علي الشرط وكذلك لو شارك مع غيره
شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما علي الشرط فاذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة
مع حصة المضارب من الربح يستوفي منها رب المال راس ماله وما فضل فهو بينهما
علي الشرط كذا في شرح الطحاوي **قوله** ولا يجوز الزيادة عليه اي علي القرض اي لا يجوز
اخذ الزيادة علي ذلك **قوله** ويدخل تحت هذا القول اي يدخل المذكور وهو الشركة
والخلط بمال نفسه تحت قوله اعمل برايك اي يجوز ذلك **قوله** قال وان خص
له رب المال التصرف في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها اي
قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره هي المضاربة الخاصة والاصل فيه
ان رب المال متى شرط علي المضارب شرطا في المضاربة ان كان شرطا لرب المال
فيه فايدة فانه يصح الشرط ويجب علي المضارب مراعاته والوفا به واذا لم يف صار
مخالفا وعاملا بغير امره وان كان شرطا لا فايدة لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت
عنه اذا ثبتت هذا يقول اذا شرط علي المضارب ان يعمل بها بالكوفة فقد شرط
عليه شرطا لرب المال فيه فايدة فيجب مراعاته ويصير المضارب بتركه مخالفا
ضامنا ثم يحتاج الي معرفة ما يصير شرطا من الالفاظ في المضاربة وما يكون
مشورة لا شرطا فما يصير شرطا ستة الفاظ احدها ان يقول دفعت اليك
الالف مضاربة بالنصف علي ان يعمل بها في الكوفة الثانية ان يقول اعمل بها بالكوفة
والثالثة ان يقول تعمل بالكوفة بالجزم الرابعة ان يقول يعمل بها بالكوفة بالرفع
الخامسة ان يقول فاعمل بها بالكوفة السادسة دفعت اليك الالف مضاربة
بالنصف بالكوفة وما يكون مشورة ولا يكون شرطا فلفظان احدهما ان يقول
دفعت اليك الالف مضاربة بالنصف اعمل بها بالكوفة والثاني ان يقول واعمل
بها بالكوفة والاصل في معرفة الاصل المشورة ان رب المال اذا ذكر عقيب
لفظة المضاربة لفظا لو اعتبر ابتدا لا يصح يعني لا يستقيم الابتدا ومتى اعتبر
متعلقا بما تقدم يصح فانه يعتبر متعلقا بما تقدم ولا يعتبر ابتدا حتى لا يلغوا واذا ذكر كلاما
يستقيم الابتدا لا يعتبر متعلقا بما قبله ويصير كلاما مبتدا والالفاظ الستة لا يصح
الابتدا اذ لا يستقيم الابتدا بقوله علي ان تعمل بالكوفة بالواو وبغير الواو ويستقيم
الابتدا به لان الواو مما يجوز به الابتدا به واعتبر كلاما مبتدا غير متعلق بما قبله
فيثبت المضاربة مطلقة عن الشرط وكان هذا من رب المال مشورة اشار بها
علي المضارب كانه قال ان فعلت كذا فهو احسن وانفع هذا حاصل ما ذكره في
تجريد المحيط والمشورة استخراج راي علي غالب الظن وقال شيخ الاسلام علا
الدين الاسبيجابي في باب ما يجوز للمضارب من شرح الكافي واذا دفع اليه مالا
مضاربة علي ان يعمل به في الكوفة فليس له ان يعمل في غيرها ولا ان يعطيه
بضاعة لمن يخرج به فان اخرجه من الكوفة فاشتري به او باع في غيرها
فربح او وضع فالربح له ان يتصدق به والوضيعة عليه وهو ضامن لراس
المال يريد به انه يصير مخالفا لانه يملك التصرف بنفسه وقد فوض اليه

التصرف

التصرف مقيدا بالكوفة وهذا التقييد مفيد لان التجارات مما يختلف باختلاف الامكنة
في الاسعار والامان ومقصود رب المال مما يختلف باختلافه فان اخرجه من الكوفة
فلم يشتر به شيئا حتى رده اليها فهو مضاربة علي حالة لانه امين خالف ثم عاد الي
الوفاق وتكلموا انه هل يصير مخالفا بنفس الاخراج والاصح انه يصير ضامنا بنفس
الاخراج لانه مامور بالحفظ في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ
مقيدا ايضا فان اشتري ببعضه في غير الكوفة ثم اشتري بما بقي منه في
الكوفة فهو مخالف فيما اشتري بغير الكوفة وما اشتراه بالكوفة فهو علي المضاربة
لان دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه كذا في شرح الكافي **قوله** قال
فان خرج الي غير ذلك البلد فاشتري ضمن اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الي رجل الف درهم مضاربة
علي ان يشتري ويبيع بالكوفة فخرج الي البصرة فاشتري بها قال اذا اشتري
فهو ضامن الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقد شرط الشرا للضمان كما تري
وقال في كتاب المضاربة اذا اخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفا
بنفس الاخراج قيل هو الصحيح وانما شرط الشرا في الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل
الوجوب لانه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشرا **قوله** وكان ذلك لقوله ربحه
يعني اذا اشتري خارج الكوفة وباع وربح او وضع فالربح والوضيعة عليه ولكن
يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد وعلي قول ابي يوسف يطيب له الربح ولا
يتصدق اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح **قوله** لما قلنا اشارة الي
قوله لبقا يده في يده بالعقد السابق **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قال ان يشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد اي هذا الذي ذكرنا من التقييد بالبلد حيث
لزمه الضمان اذا جاوزه خلاف ما اذا قال علي ان تعمل في سوق الكوفة لانه
لا يتقيد بها حتي اذا اشتري وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا الذي
ذكره استحسان قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لو دفعه
مضاربة علي ان يعمل به في سوق الكوفة له ان يعمل في غير السوق بالكوفة
استحسانا والقياس ان لا يملك لانه قيده به الا انا استحسنا قلنا يملكه
في غير السوق اذا كان في الكوفة لان الشرا لا يتفاوت في مصر واحد فلا يكون
التقييد مفيدا ولو قال لا تعمل به الا في السوق فعمل في الكوفة في غير السوق
فهو مخالف بخلاف ما اذا قال علي ان تعمل في السوق لانه اطلق العمل به ثم قيد
بمكان والتقييد لغو وفي الفصل الثاني بدا بالنهي واستثني تصرفا خاصا فلو
الغيناه لا يستقيم الاطلاق بصدر الكلام نظيره ما قال في كتاب الوديعة
لا تحفظ الا في هذا البيت انه لو حفظ في بيت اخر لا يضمن والفرق ما قلناه
ولو قال خذه مضاربة علي ان تشتري به الطعام او قال فاشتري الطعام
او تشتري به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهو مضاربة
في الحنطة والدقيق خاصة وليس له ان يشتري به غيرهما لان هذه الالفاظ
توجب التقييد هكذا في شرح الكافي وقال صاحب المحيط هذا علي عرفهم

فان لهم سوقا يسمى سوق الطعام يباع فيها الحنطة ودقيقها **قوله** ومعنى التخصيص ان
يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا كذا اشتغل لقوله وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها بيان الالفاظ التي تكون للشرط وما
يكون للمشورة وقد ذكرنا قبل هذا ما يكون للشرط وما يكون للمشورة فالاول سته الفاظ
والثاني لفظان **قوله** ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ذكر
هذا تفريعا على ما تقدم وبيانه فيما ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال واذا
قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه فهو على فلان خاصة لا يتعداه لان هذا التخصيص
فيه فايده فيثبت حكمه واذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفه وتبيع فاشترى
وباع من رجل من الكوفه وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف لانه تخصيص
لا فايده فيه الا التخصيص بالبلد والنوع فاذا حصل ذلك من صيرفي او غيره فهو سواء
قوله لان فايدة الاول اراد بالاول قوله على ان يشتري بها من اهل الكوفه **قوله** وفايدة
الثاني اراد بالثاني قوله على ان تشتري من الصيارفة **قوله** بالنوع اراد به الصرف
قوله قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان التقييد مفيد فيختص بذلك الوقت كالتقييد بالنوع نحو الطعام
والمكان نحو الكوفة وهذا لان المضاربة فيها معنى الوكالة فيتقيد بما قيد الموكل كالوكالة
الموقتة **قوله** قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة
او غيرها من يعتق عليه باليمين بان حلف على عتقه اذا ملكه والاصل هنا ان
المضارب اذا اشترى ما لا يملك بالقبض او اشترى ما لا يجوز بيعه بعد الشراء فانه
لا يكون على المضاربة وذلك لان المضاربة اذن في التصرف الذي يحصل به الربح
وذلك لا يكون الا بالشرا والبيع فما لا يملك لا يحصل فيه الربح وما لا يقدر على بيعه
لم يحصل فيه الربح فلم يدخل ذلك تحت الاذن فان اشترى كان مشتريا لنفسه
فاذا دفع اليه المضاربة ضمنه وذلك مثل ان يشتري خمرا وخنزيرا ومدبرا او
مكاتبا او ام ولد او ميتة او دما لان هذه الاشيا لا يملك ان قبضها فلا يدخل تحت
الاذن فان اشترى عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشي مما ذكرنا غير الميتة
والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع يملك بالقبض ويجوز بيعه والاذن في الشرا
على المضاربة يتناول الصحيح والفاسد فاما اذا كان الثمن ميته او دما فما اشتراه
لا يكون على المضاربة لان ذلك لا يملك بالقبض وان اشترى ذا رحم محرم من رب
المال فهو مشتري لنفسه لان هذا لو اشتراه على المضاربة عتق على رب المال
فلم يقدر على بيعه كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وتمام البيان ما ذكره
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال وليس للمضارب ان يشتري بمال
المضاربة من لا يقدر على بيعه كما اذا اشترى بمال المضاربة من يعتق على رب
المال اذا دخل في ملكه ويكون المضارب مشتريا لنفسه بخلاف الوكيل في شراء
العبد على الاطلاق بالالف درهم فاشترى لموكله عبدا بالالف درهم يعتق عليه بالقرابة
او باليمين حيث لا يكون مخالفا ويكون الشرا للموكل ويعتق عليه لان في باب الوكالة
اطلق الوكالة اطلاقا في المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف وهو الشرا بما يظهر

فيه الربح بالبيع واذا اشترى من لا يقدر على بيعه فقد خالف على قيده وفي باب الوكالة
لو قيدها ايضا وقال اشتر لي جارية او عبدا بالف درهم فاشترى عبدا يعتق عليه بان اشترى
قريبه صار مخالفا ولا فرق بينهما وكذلك ليس للمضارب ان يشتري بمال المضاربة من
الاماء من قد ولدت من رب المال لانه لو صح شراؤه للمضاربة صارت ام ولد لرب المال
ولا يقدر على بيعها وكذلك لو اشترى بمال المضاربة خمرا او خنزيرا او ميتة او دما
صار مخالفا ولو نقد مال المضاربة ضمن ولو اشترى بمال المضاربة من يعتق على
المضارب اذا ملكه من ذي الرحم المحرم او جارية قد ولدت منه فانه ينظر الى
قيمته وقت الشراء فان لم تكن في قيمته فضل على راس المال لا يصير مخالفا وصح
شراؤه للمضاربة لانه اشترى من يقدر على بيعه لانه لم يظهر للمضارب فيه
نصيب فلا يعتق ولا تصير الجارية ام ولد له ولو كان وقت الشراء في قيمته فضل
على راس المال يكون مخالفا ويكون مشتريا لنفسه ويعتق عليه لانه لو صح شراؤه
للمضاربة قدر على بيعه لانه يعتق منه قدر نصيب المضارب من الفضل ويكون
الباقي مستسعى ولا يجوز بيع المستسعى ولم يصح شراؤه للمضاربة ويصير مشتريا
لنفسه ويعتق كله وتصير الجارية ام ولد ويضمن ما نقد من مال رب المال
ولو لم يكن في قيمته فضل على راس المال وقت الشرا ثم ازدادت قيمته
بعد الشرا وظهر للمضارب فيه نصيب فلا يكون مخالفا ايضا لانه لا ضمن له فيه ولكن يعتق
على المضارب ما ملك منه وهو نصف الفضل ولا ضمان على المضارب لانه صنع له فيه ويسعى
الغلام في قدر راس المال وفي حصة رب المال من الفضل وهو بينهما على قدر ذلك
وعندهما عتق ذلك كله على المضارب لان العتق لا يتجزى ويسعى الغلام لرب المال على ما
ذكرنا والولا كله للمضارب ولو كانت المشتراه جارية قد ولدت من المضارب ولم يكن
في قيمتها فضل على راس المال لم يصير مخالفا وكان له ان يبيعها ولو ازدادت قيمتها
بعد الشرا وظهر للمضارب فيها نصيب صار ذلك القدر منها ام ولد للمضارب فلما
جاز البعض ام ولد له صار الكل ام ولد له لان امة مية الولد لا يتجزى وضمن المضارب
لرب المال قدر راس المال وحصته من الربح معسرا او موسرا لانه ضمان حبس المال
فيستوي اليسار والاعسار ولا سعاية على ام الولد **قوله** بخلاف البيع الفاسد متصل بقوله
لا يدخل في المضاربة ولا يكون به مخالفا لانه يملك المبيع بالقبض وقدمر البيان انفا
قوله ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة اي قال القدوري في مختصره
يعني لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال كان الشرا خاصة لا للمضاربة
وذلك لان الشرا لم يدخل تحت الاذن كالوكيل اذا اشترى ما لم يوذن له كان الشرا له
فكذا هنا **قوله** قال وان كان في المال ربح لم له ان تشتري من يعتق عليه اي قال
القدوري في مختصره وقوله عليه اي على المضارب وذلك لانه لم يدخل تحت الاذن
لانه اذا كان فيه ربح يعتق نصيبه ولا يقدر على بيعه بعد ذلك وما لا يقدر على بيعه
لا يدخل تحت الاذن **قوله** ويفسد نصيب رب المال او يعتق يعني اذا عتق نصيب
المضارب يفسد نصيب رب المال على قول ابي حنيفة لانه مستسعى وبيع المستسعي
لا يجوز ويعتق كل العبد على قولهما فاذا فسد نصيب رب المال او عتق العبد فيمتنع

التصرف في العبد في البيع ولا يحصل المقصود من المضاربة وهو الربح وهذا بين قوله على الاختلاف المعروف اشار به الي ان الاعتاق تتجزى عنده خلافا لهما **قوله** وان اشتراه ضمن مال المضاربة وهذا لفظ القدوري ايضا بين ان اشترى المضارب من تعتق عليه ضمن لانه اشترى بمال المضاربة لنفسه **قوله** وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانه اذا لم يكن ربح انتفى المانع من الشراء فدخل ذلك تحت الاذن فجاز **قوله** فان زادت قيمتهم بعد الشرا عتق نصيبه منهم وهذا لفظ القدوري ايضا وتمامه فيه ولم يضمن لرب المال شيا وانما عتق نصيب المضارب لان ملك القريب اعتاق بالحديث وانما لم يضمن لعدم الصنع منه لان ازدياد القيمة وتملكه ذلك امر حكمي لا اختيار له فيه كما اذا ورثه مع غيره كما اذا اشترت امراة ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا واخا لا يضمن الزوج للاخ لعدم الصنع منه فكذا هنا **قوله** ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه هذا لفظ القدوري ايضا اي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال ونصيب رب المال من الربح وذلك لان احد الشريكين اذا عتق عليه العبد لم يلزمه الضمان لو توعه بطريق الحكم يجب على العبد السعاية لاحتباس ماليته عند العبد كما في الوراثة فكذا هنا وصورة الوراثة ما اذا اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجها واخاها **قوله** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها الي اخره وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الي رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي الفا فوطيها ثم جات بولد فزعم انه ابنه ثم زاد الغلام حتى صار يساوي الفا وخمسماية والرجل المدعي موسر قال ان شا رب المال استسعى الغلام في الف ومايتين وخمسين وان شا اعتق الغلام فاذا دفع اليه الفا ضمن المدعي نصف قيمة الام الي هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير **قوله** والمدعي موسر اي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيساره نفيا للشبهة ترد بان يقال كان ينبغي ان يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موسرا لان ضمان العتق يختلف باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موسرا لان نفوذ العتق بمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه على ما نبينه اعلم ان الولد اذا لم يزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد والام لان كل واحد منهما مشغول براس المال واشبعي الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك ويضمن العقر فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب وله ان يبيع الجارية والولد لانهما مال المضاربة وقال بعض المشايخ هذا قول ابي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر راس المال في كل عبد فلا يظهر الربح اما على قول ابي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق فيجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الربح فيملك المضارب نصف الربح فيصح دعوته فان لم يبع واحدا منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي الفا وخمسماية نفذت الدعوة السابقة لان الدعوة كانت صحيحة في الظاهر حملا لها على وجه الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لانهما مشغولان براس المال لانه يحتمل ان يكمل احدهما فيتعين الاخر لراس المال فلا يظهر الربح فاذا وجد الملك

بظهور

بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب الا ترى ان المضارب اذا اشترى عبدين بمال المضاربة ليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيهما عندنا خلافا لزفر فاذا ازدادت قيمة الغلام الفا وخمسماية فالان ظهر الربح وهو خمسماية ونصيبه للمضارب وهو مايتان وخمسون فقد ملك المضارب شيا من الولد فتنفذ دعوة الموقوفة بخلاف ما اذا عتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا يصح الاعتاق لان ذلك انشا فقد بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعد ذلك اما هنا اخبار فينفذ اذا حدث الملك كما اذا اقر بحرية عبد الغير فاشتراه بعد ذلك يعتق عليه فاذا صحت الدعوة بحدوث الملك ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمان على المضارب لرب المال موسرا كان او معسرا لانه حين ادعى لم ينفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد وهذا لان العتق يثبت بالنسب والملك جميعا والحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الي اخرهما وجودا على ما عليه عامة المشايخ والملك هنا اخرهما وجودا وقد حصل بلا صنع من المضارب لانه بازدياد القيمة ولا صنع له في ازدياد القيمة وعلى قول بعض المشايخ الحكم يضاف اليهما جميعا لكن الملك لما لم يكن بصنعه لم يتم العلة فاذا عتق نصيب المضارب من الولد فسد نصيب رب المال لانه لا يقدر على بيعه فيستسعي رب المال في الف ومايتين وخمسين والالف راس ماله ومايتان وخمسون نصيبه من الربح في الف ومايتين وخمسين والالف راس ماله وانما كان لان مالية العبد احتبست عند العبد وان شا اعتق نصيبه من الولد فان استسعاه ودفع الغلام الي رب المال الفا صارت الجارية ام ولد للمضارب لانه لما دفع اليه الف درهم وصل اليه راس المال فتمحضت الجارية ربحا فتصير بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين استولدها احدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك لانه ملك كسبها وخدمتها فصار ذلك الضمان بدلا والضمان اذا كان بدلا يستوي فيه اليسار والاعسار فلا يفتقر الي الصنع من جهة بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع كذا في شرح الجامع الصغير وغيرها وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد كالكيلي والوزني والعروض والحيوان التي تجري القسمة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على راس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو ان تصير كله حنطة او كله دراهم او دنانير او عروضا او حيوانا من جنس سوى الرقيق او ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه اذا كان نصيبه منه يبلغ نصابا كاملا ولو صار مال المضاربة من اجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول براس ماله حتى انه لا يجب عليه شي من الزكاة فتجب على رب المال زكاة ثلاثة ارباعها لانه لا يحصل له في الحاصل هذا القدر لان راس المال كان الفا فاشترى ما يساوي العين ولو صار مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وفيه فضل على راس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم مثل راس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا براس المال فيكون كالاجناس المختلفة لانها لا تقسم وقيل هذا على قول ابي حنيفة على قولهما تقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد قدر

ربعه هكذا ذكر الفقيه ابو الليث ولا كذلك سائر الحيوانات اذا كانت من جنس
واحد واذا كانت جماعة فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان في قيمة الكل فضل
على راس المال كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي **قوله** بخلاف
ضمان الولد على ما مر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد
لانه عتق بالنسب والملك والملك اخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه فقد
مر البيان والله اعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

يتلوه باب المضارب
في المجلد الثالث / الرابع

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور بابراهيم
١٢٠٧ وقفي عيسى